
KÖPRÜLÜ KÜT.
661



اعلم ان اتفاق ائمة الهدى واختلافهم رحمة من الله وتوسعة على الناس فان كان ابو حنيفة رحمه الله تعالى
في جانب والامامان في جانب فالمفتي بالخيار ان شاء اخذ بقوله وان شاء اخذ بقولهما
وان كان احدهما مع ابي حنيفة يأخذ بقولهما البتة الا اذا اصطلح المشايخ
بقول ذلك الواحد فيتبع اصطلاحهم ولو اختلف المتأخرون
يختار من ذلك فلو لم يجده من المتأخرين
يجتهد برأيه اذا كان يعرف وجوه
الفقه ويشاور اهل الفقه

وان كانت المسئلة مختلفا بين اصحابنا يأخذ اولا بقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد رحمهما الله تعالى
ثم بقول غيرهم من اصحاب ابي حنيفة ثم باقاويل المشايخ من بعدهم واذا كان ابو حنيفة رحمه الله تعالى في جانب
وصاحباه في جانب قيل فالخيار للمفتي ان شاء افتى بقول ابي حنيفة وان شاء افتى بقولهما
وفي الاقضية يختار قول ابي حنيفة ولا يأخذ بقولهما وقال عبد الله بن مبارك يأخذ بقوله
لا غير وفي شرح الطحاوي والفقيه ان لم يكن مجتهدا لا يأخذ الا بقول
ابي حنيفة ولا يجوز له ان يأخذ بقولهما الا في المزارعة والمعاملة
لاتفاق المتأخرين على ذلك وان كان مع ابي حنيفة
احد صاحبيه يأخذ بقولهما لتوفر الشرائط
واستجماع ادلة الصحة وان كان
اختلافهم اختلاف عصر وزمان
كالقضاء بظاهر العدالة
يأخذ بقول صاحبيه
في زماننا لتغير
احوال الناس
خزانة
المفتين

السلف من زمن ابي حنيفة رضي الله عنه الى محمد بن الحسن والخلف من محمد بن الحسن الى شمس الائمة الحلواني
والمتأخرون من شمس الائمة الحلواني الى حافظ الدين البخاري والمراد من الكتاب في اصطلاح
صاحب الهداية القدوري ومن الاصل المبسوط والمراد من قول مشايخنا علماء سمرقند
من حواشي مولانا حافظ البزازي

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي على معالم العلم واعلامه واظهر شعائر الشرع واحكامه وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين الى سبل الحق هادين واخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يوثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين في ذلك وهو ولي الارشاد وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى علي الوعد في مبداء بداية المبتدى ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهى فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح اخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول تنسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سالني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحه مستعينا بالله في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها قال والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الصوم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فا

بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره اصحابنا بثلث اصابع من اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح والله اعلم

فصل

وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية في التنظيف وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عم لا وضوء لمن لم يسم والمراد نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لانه عم كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عم فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوئه صلى الله عليه وسلم ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس خلافا للشافعي لقوله عم الاذنان من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي عم امره جبريل عم بذلك وقيل هو سنة عند ابي يوسف جايز عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له وتخليل الاصابع لقوله عم خللوا اصابعكم قبل ان تخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلاث لان النبي عم توضا مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلوة الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضا ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض لانه عبادة فلا تصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حال ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد ويستوعب راسه بالمسح وهو سنة عندنا وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رض توضا ثلثا ثلثا ومسح براسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله عم والذي يروى عنه من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله عليه ولان المفروض هو المسح وبالتكرار ربما يصير غسلا فلا يكون مسنونا وصار كمسح الخف بخلاف الغسل فانه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء فيبدا بما بدا الله تعالى بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة وقال الشافعي رح فرض لقوله تعم فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله عم ان الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في نواقض الوضوء

المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغايط وقيل لرسول الله صلعم ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء اذا ملا الفم وقال الشافعي رح الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي انه

عليه السلام قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج
المعتاد ولنا قوله عم الوضوء من كل دم سائل وقوله عم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن
على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة موثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار
على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع
يلحقه حكم التطهير وبملاء الفم في القيء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة
بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج
وملؤ الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر قليل القيء و
كثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عم القلس حدث ولنا
قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه
حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار فيحمل ما رواه الشافعي على القليل وما
رواه زفر رحمه الله على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملاء الفم فعند
ابي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا
لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة
وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال
ابو يوسف رح ناقض اذا كان ملاء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق
لان الرأس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف رحمه الله انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة
وما يتصل به قليل والقيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملؤ الفم لانه سوداء محترقة وان كان
مائعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا
لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس الى ما لان من الانف نقض
بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى
شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة
كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض فيبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع
من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة
وغيرها لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء
على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت
مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث
في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة
في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس انه لا ينقض وهو قول الشافعي رح لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم
يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله عم الا من ضحك منكم قهقهة فليعد

الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون
مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء والدابة
تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من رأس الجرح او سقط اللحم منه لا ينقض الوضوء والمراد بالدابة الدودة
وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء بخلاف
الريح الخارج من قبل المرأة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها
الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن رأس الجرح
نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر رح ينقض في الوجهين وقال الشافعي رح لا ينقض في الوجهين وهي
مسئلة الخارج النجس من غير السبيلين وهذه الجلدة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير
صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج

فصل

في الغسل وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي رح
هما سنتان فيه لقوله عم عشر من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا
سنتين في الوضوء ولنا قوله تعم وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر
ايصال الماء اليه خارج عن قضية النص بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عم انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء
وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا
رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان ثم يغسل رجليه هكذا حكت ميمونة
رضي الله عنها اغتسال رسول الله صلعم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل
حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان
تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عم لام سلمة رضي الله عنها اما يكفيك اذا بلغ الماء
وليس عليها بل الذوائب هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني الموجبة
للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه الله
خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عم الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول
الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول
على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد رح انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند
ابي يوسف ظهوره اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط
في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عم اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل
انزل او لم ينزل ولانه سبب للانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا
الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان
السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس للاجماع وسن رسول الله صلعم

واذا وقعت النجاسة في الماء ان تغير وصف الماء لم يجز الانتفاع به بحال وان لم يتغير جاز الانتفاع مثل بل الطين وسقي الدواب واذا وقع الميت في الماء ينجسه الا المسلم اذا غسل ثم وقع وان كان كافرا ينجسه وان غسل ... فصل الوضوء ... طاهر ... المطر ... المرزاب ... السطح طاهرا فالماء لا يجس فان كان موضع المرزاب نجسا ... لا يجس ... وقال ابو يوسف ... ابا حنيفة رحمه الله تعالى عن الماء الجاري يغتسل فيه رجل من الجنابة هل يتوضا به اخر اسفل منه فقال نعم ويجوز الطهارة بغسالة الثوب الطاهر ذكره ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تعالى الوضوء في المسجد وقال محمد رحمه الله تعالى لا باس به اذا لم يكن عليه قذر من خزانة الفقه ملخصا

الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد رح الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رح واجب لقوله عم من اتى الجمعة فليغتسل والامر للوجوب ولنا قوله عم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة الكريهة واما في عرفة والاحرام فسنبينه ان شاء الله تعالى في المناسك وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عم كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار وماء البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عم الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه واما الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف رح وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلي والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلي ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران او الصابون او الاشنان قال رض اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف رح انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمهما الله وقال الشافعي رح لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا يرى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا يرى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البير والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء منه قليلة كانت النجاسة او كثيرة وقال مالك رح يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رح يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عم اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدايم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك رح ورد في بير

بضاعة وماؤها كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي رح ضعفه ابو داود السجستاني رحمه الله في سننه او هو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الاخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء به من الجانب الاخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف رح وعنه التحريك باليد وعن محمد رح بالتوضي ووجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء به من الجانب الاخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف رح انه لا ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقارب ونحوها وقال الشافعي رح يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عم فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليس من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي رح يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البري والبحري فيه سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال والماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي رح هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر رح وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان الاعضاء طاهرة حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدايم ولا يغتسلن فيه من الجنابة ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسته غليظة اعتبارا بالماء المستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف رح عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ما ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه وهذا قول ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة رح ايضا وقال محمد رح لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال

نجاسة الآثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف رح يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد
بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زال عن العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال
للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس في البير لطلب الدلو فعند ابي يوسف رح الرجل بحاله لعدم الصب
وهو شرط عنده والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد رح كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء
لعدم نية القربة وعند ابي حنيفة رح كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل
لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل عنه وان الرجل طاهر لان
الماء لا يعطى له حكم النجس قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه وكل اهاب دبغ فقد طهر جازت الصلوة
فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عم ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك
في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي
رحمه الله في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه
نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته
فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به
فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات
النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رح نجس لانه
من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر
الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رح نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع
لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البير

واذا وقعت في البير نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها
من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس فان وقعت فيها
بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد لوقوع النجاسة في الماء
القليل وجه الاستحسان ان آبار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح
فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رح
وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل
الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل
في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه بمنزلة البير في حق البعرة والبعرتين وان وقع
فيها خرء الحمام او العصفور لا يفسده خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء
الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن
رائحة فاشبه الحمأة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح
لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما
له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول

فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي انه عرف
شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رح لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند
ابي يوسف رح يحل شربه للتداوي للقصة وعند محمد رح يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها
فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو و
صغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رض انه قال في الفارة ماتت في البير واخرجت من ساعتها نزح
منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب
والثلثون بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين
الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لحديث ابي سعيد الخدري رض انه قال في
الدجاجة اذا ماتت في البير ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب
ثم المعتبر في كل بير دلوها التي يستقى منها وقيل دلو يسع فيها صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة او آدمي او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير
رضي الله عنهما افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بير زمزم فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح
جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البير معينا لا يمكن نزحها اخرجوا
مقدار ما كان فيها من الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البير ويصب فيها ما ينزح
منها الى ان تمتلي او يرسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة
فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف رح وعن محمد رح مائتا دلو الى ثلثمائة
دلو وكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رح في الجامع الصغير في مثله انه ينزح حتى يغلبهم
الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه
وان وجدوا في البير فارة او غيرها ولا يدري متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة
اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة
ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت فيها لان اليقين
لا يزول بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رح ان للموت سببا
ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم
الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها
واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر بالثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو
سلم فالثوب بمرأى عينه والبير غائب عن بصره فيفترقان

فصل في الآسار وغيرها

وعرق
كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان
المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسؤر الكلب
نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون

الاناء فلما تنجس الاناء فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط
السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سوره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على
الابتداء وسور الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر وسور سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رح فيما سوى
الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسور الهرة طاهر مكروه وعن ابي
يوسف رح انه غير مكروه لان النبي عم كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما قوله عم الهرة سبع
والمراد بيان الحكم دون الخلقة والصورة الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه
محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول
الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فورها الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها
والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ويسقط اعتبار الصب عند ابي يوسف للضرورة وسور
الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها
لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سور سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبهت المخلاة وعن ابي يوسف
انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ رح هذه الرواية
وسور ما يسكن البيوت مثل الحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السور الا انه سقطت
النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسور الحمار والبغل مشكوك فيه
وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته
لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر واذ حرم وعرقه طاهر ولا يمنع جواز الصلوة
وان فحش فكذا سوره وهو الاصح ويروى نص محمد رح على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته
وحرمته او اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رحمه الله انه نجس ترجيحا
للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم
وقال زفر رح لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر
احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان
الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رح يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي
عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رح يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة رح
وبه قال الشافعي رح عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة وقال
محمد رح يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن
كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رض وبمثله يزاد على الكتاب
واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان
يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار
فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة رح يجوز التوضي به لانه يحل شربه وعند محمد رح

لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد ماء وهو مسافر او خارج المصر وبينه وبين المصر نحو الميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله
تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء
والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون
خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض فخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه
يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا
فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي رح خوف التلف وهو مردود بظاهر النص
ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا
ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر
فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحداهما وجهه وبالاخرى
يديه الى المرفقين لقوله عم التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه
بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء
ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس
لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله صلعم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين
وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عم عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رح بكل ما كان
من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا
بالتراب والرمل خاصة وقال الشافعي رح لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف رح لقوله تعالى
فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا قاله ابن عباس رض غير ان ابا يوسف رح زاد عليه الرمل بالحديث
الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا
وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رح لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم
وقال زفر رح ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه
او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة
اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم
اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف
التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حالة
ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها
قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي
بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رح بطل تيممه

لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا
فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض
التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله
لان القدرة هي المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف العدو والسبع والعطش عاجز
حكما والنائم عند ابي حنيفة رح قادر تقديرا والمراد ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا
انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته
في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجو ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء والا
تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة
فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي رح يتيمم لكل
فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر
اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق
العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان يفوته صلوة العيد يتيمم لانها لا تعاد
قوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان
للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي
حنيفة رح وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه
يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم
بالاتفاق وبنى لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته فيفسد صلوته ولا يتيمم للجمعة وان
خاف الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر اربعا لانها تفوت الى خلف وهو الظهر
بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضا ويقضي ما فاته لان الفوات الى
خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف رح يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت
وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب نسيه ولان رحل المسافر معدن للماء
عادة فيفترض الطلب عليه ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب
لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة
الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء
في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه
لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع
رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه

عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان
يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة
حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث
موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة
على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر عن اللبس لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق
كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على
طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل
رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم
فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة
وللمسافر ثلثة ايام ولياليها وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة
من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيرة
رضي الله عنه ان النبي صلعم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني
انظر الى اثر المسح على خف رسول الله عم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن
الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع
استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي رح
من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه قدر ثلث
اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وان قل لانه لما وجب
غسل البادي يجب غسل الباقي لتعذر الجمع بينهما ولنا ان خفاف الناس لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم
الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكثير ان ينكشف قدر ثلث اصابع من اصابع الرجل اصغرها هو
الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فيقام مقام الكل اعتبار الاصغر للاحتياط ولا
معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في
خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه
حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح على الخفين لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان
ابن عسال قال كان رسول الله صلعم يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة
ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر
وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث
زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا
واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل مضي المدة

لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى
الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتداء المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام
يوم وليلة مسح تمام ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره
بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر
ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة
وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي رح فانه يقول البدل لا يكون له بدل
ولنا ان النبي عم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل
عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل الخف فلا يتحول الى غيره
ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ولا يجوز
المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان
لما روي ان النبي عم مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق
من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا
كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة
والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان
شدها على غير وضوء لانه عم فعل ذلك وامر عليا رض به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان
اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن رح ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت
الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا
وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص
من ذلك فهو استحاضة لقوله عم اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة
ايام ولياليها وهو حجة على الشافعي رح في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رح يومان والاكثر
من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد
استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي رح في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة
لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في ايام الحيض فهي
حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رح لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من
الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رض جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا
وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها اما الخضرة فالصحيح ان
المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة
يحمل على فساد المنبت ولا يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام

ولا تقضي الصلوات لقول عائشة رض كانت احدانا على عهد رسول الله عم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام
ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوة حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا
الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في اباحته الدخول
على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن
حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عم لا تقرأ الحائض والجنب شيئا من
القرآن وهو حجة على مالك رح في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي رح
في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث
لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عم لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم
المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو
متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص
في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي
الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى
تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل
ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت
دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان
اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها
قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد قال
والطهر المتخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذا احدى الروايات عن
ابي حنيفة رح ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله وآخره كالنصاب
في باب الزكوة وعن ابي يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان
اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول
ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رح وانه لا يعرف
الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج
الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض قال ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم ولا الصلوة
ولا الوطي لقوله عم توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي
بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة
لقوله عم المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان
ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه
بالشك

فصل

والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت

كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرايض والنوافل وقال الشافعي رح تتوضأ المستحاضة
لكل صلوة مكتوبة لقوله عم المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها للضرورة اداء المكتوبة فلا
تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت
يقال اتيك لصلوة الظهر اي لوقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت
بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثه رح وقال زفر رح استانفوا اذا
دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح و
قال ابو يوسف وزفر اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي
عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفه ومحمد رح وبدخوله عند زفر رح وبايهما كان عند ابي يوسف رح وفائدة
الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر رح ان اعتبار الطهارة مع
المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر قبله ولابي يوسف رح ان الحاجة مقصورة على الوقت
فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج
الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور
لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته
واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي
لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرنا
ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج
النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة
وان كان ممتدا وقال الشافعي رح حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم
كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي عن
ابي حنيفه ومحمد رح لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير المراة به نفساء
وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم على الخروج من
الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره اربعون يوما والزايد استحاضة لحديث ام سلمة رض
ان النبي عم وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي رح في اعتبار الستين وان جاوز الدم اربعين
وقد كانت ولدت قبل ذلك ولها عادة معروفة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم
يكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها
من الولد الاول عند ابي حنيفه وابي يوسف رح وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد رح من الولد
الاخير وهو قول زفر رح لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا انقضي العدة
بالولد الاخير بالاجماع ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول

وتنفس بالدم وكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى
وثيابك فطهر وقال عم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في
البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مايع طاهر يمكن
ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر
والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس
ترك في الماء للضرورة ولهما ان المايع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا
انتهت اجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة رح واحد
الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها
جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رح لا يجوز وهو
القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكر ولهما
قوله عم فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله
اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله
لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رح انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة
يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله
وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد
جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا
يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عم لعايشة
رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رح المني طاهر والحجة عليه
ما رويناه وقال عم انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا رحمهم الله
يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفه رح لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة
فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المراة او السيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله
النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت
الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله
عليه السلام ذكوة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم به لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب
فلا يتادى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة كالدم والبول والخمر وخرء
الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم يجز وقال زفر والشافعي رح قليل النجاسة وكثيرها
سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم
اخذا من موضع الاستنجاء ثم يروي اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو عرض الكف في الصحيح ويروى

من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقالي وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى
في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به
وان كانت مخففة كبول ما يوكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروي ذلك عن ابي حنيفة
لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه
الصلوة كالميزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف رح شبر في شبر
وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على
اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه
عند ابي حنيفة رح لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عم رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس
لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد
فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف
بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر
بالمسح فيكفي مؤنتها ولا فرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم وزفر رح فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رحمه الله
في غير الماكول ووافقهما في الماكول وعن محمد رح انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش
لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده
حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يمنع وان فحش لان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده مخفف
نجاسته عند ابي يوسف رح ولحمه ماكول عندهما واما عند ابي حنيفة رح فالتخفيف لتعارض الآثار وان
اصابه خرء ما لا يوكل لحمه من سباع الطير اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح وقال محمد رح لا تجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو
يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة فيه لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انه تذرق من الهواء
والتحامي متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني
عنه وان اصابه من دم السمك او من لعاب البغل والحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما
دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر فيه الكثير الفاحش
فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه البول
مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال النجاسة ضربان مرئية وغير مرئية
فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان
يبقى من اثره ما يشق ازالته لان الحرج موضوع وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين
وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه
قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا
بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ

فصل في الاستنجاء

من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج
الاستنجاء سنة لان النبي عم واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود
هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رح لا بد من الثلث لقوله عليه السلم
وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عم من استنجى فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على
الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل
لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو
سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا
فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع
وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه
اكتفى به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم المعتبر في المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رح مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع
ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عم نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث
النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عم
نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلوة باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث
امامة جبرئيل عم فانه ام رسول الله صلعم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا
وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب
وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عم لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل انما
الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبرئيل عم في اليوم
الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة رح اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال وقالا
اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وفي الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال
لهما امامة جبرئيل عم في اليوم الثاني في هذا الوقت وله قوله عم ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح
جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر
اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب
الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رح
مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبرئيل عم ام في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عم اول وقت المغرب
حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي
في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رح وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح لقوله
عليه السلم الشفق هو الحمرة وله قوله عم وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رض

ذكره مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم واول وقت العشاء اذا غاب الشفق
وآخره وقتها ما لم تطلع الفجر لقوله عم وآخر وقت العشاء حين تطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رح في تقديره
بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عم في الوتر فصلوها بعد
العشاء الى طلوع الفجر قال رض وعند ابي حنيفة وقته وقت العشاء ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب
ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي رح
يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه
في الشتاء لما روينا ولرواية انس رض قال كان النبي عم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في
الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده
والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب تعجيل
المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عم لا يزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا
العشاء وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل
ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل مباح
لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحد فتثبت الاباحة والى
النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يالف صلوة الليل
ان يوخره الى آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عم من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر
اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب
تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلهما لان في تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير
العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة رح التاخير
في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها

الصلوة لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة
قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله صلعم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع
وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله وان نقبر صلوة الجنازة
لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي رض في تخصيص الفرايض بمكة وحجة على ابي يوسف
في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة
الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القايم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده
ولو تعلق بالجزء الماضي فالمودي في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها
من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا يتادى بالناقص قال رض والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة
وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها او تلا سجدة فيه وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت
اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس

لا تجوز صلوة مطلقا فرضا او نفلا على ما صح في الخلاصة وفتاوى قاضيخان وهو ظاهر كلام صاحب الهداية وفي الاسرار والزاد والكافي وغيره ان التطوع جائز غير مكروه

شرح مجمع البحرين لابن ملك م

وفي الخلاصة اذا قرا آية السجدة في وقت مكروه وسجد في وقت مكروه آخر اختلفت الروايات فيه والظاهر انه لا يجوز وفي شرح الطحاوي انه يجوز عند ابي يوسف وهكذا روى عن محمد رح الشرح المذكور

لما روي انه عم نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين الفوايت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة
لان الكراهة كانت لحق الفرايض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرايض وفيما وجب
لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف
وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف به وصيانة المودى ويكره ان يتنفل بعد
طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلم لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل
الفرض لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال
عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس و
الجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه له
حديث ابي محذورة ان النبي عم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه
ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رض قال الصلوة خير من النوم
مرتين حين وجد النبي عم راقدا فقال عم ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة
والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من
السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي رح في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل
في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عم لبلال اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب
ويستقبل بهما القبلة لان الملك النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول
المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم
وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما
كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه
في اذنيه بذلك امر النبي عم بلالا رض ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية
والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في ساير الصلوات
ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد
عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها
لظهور التواني في الامور الدينية وقال ابو يوسف رح لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات
كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رح
لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف رح خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم
الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين
كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة رح ان التاخير مكروه فيكتفى بادنى الفصل
احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال

الشافعي رح يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه قال يعقوب رايت ابا حنيفة رض
يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يؤيد ما قلنا وان المستحب ان يكون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام
ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عم قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة
على الشافعي رح في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي
ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار
وهم حضور قال رض وعن محمد رح انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يؤذن
ويقيم على طهارة فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه استحبابا كالقراءة
ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة ويروى لا يكره الاقامة ايضا لانه
احد الاذانين ويروى يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو
جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين هو ان للاذان شبها بالصلوة فيشترط الطهارة
عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد و
الجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة
روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله
ان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب
ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام
وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي رح يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث
اهل الحرمين والحجة على الكل قوله لبلال رض لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر
يؤذن ويقيم لقوله عم لابني ابي مليكة رض اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة
جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون
فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن
مسعود رضي الله عنهما اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

تجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمنا قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال
تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند
كل صلوة وقال عم لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله
عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا يتبين
ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي رح والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى
نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عم الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها
وكفيها لقوله عم المراة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رض وهذا تنصيص
على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف

تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رح وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من
النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه
روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده وفي غير الماضية لانه ليس بكثير ولهما ان الربع
يحكي حكاية الكمال كما في مسح الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير
الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة
والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على
هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من
الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رض
القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر
حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد
وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء
يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع وكذلك عند محمد رح وهو احد قولي الشافعي رح لان في
الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عاريا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح
يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة
الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا والاولى ان
لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا يصلي عريانا قاعدا يومي بالركوع
والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلعم فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة
وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر واجب لحق الصلوة
وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها
وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد بين
العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم من النية على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد
ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه لان ما مضى لم يقع عبادة لعدم النية
وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان
فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا اذا كانت
سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفرايض وان كان مقتديا
بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهة الامام فلا بد من التزامه ويستقبل القبلة
لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها
هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة
الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضي الله عنهم

تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلعم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه و
الاستخبار فوق بالحطاء التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي رض يعيدها اذا استد
لتيقنه وتحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في
الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا واكتفوا بها واستحسنه النبي عم
وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى
قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه وصلى كل واحد منهم
الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير
مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطاء وكذا
لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة
ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين
والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة
في اخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عم لابن مسعود رض حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا
فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ قال وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة و
فيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة
الاولى وقراءة التشهد في القعدة الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه
والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب
لما انه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عم تحريمها التكبير وهو شرط
عندنا خلافا للشافعي رض حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع هو يقول يشترط لها
ما يشترط لساير الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة
ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرايط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو
سنة لانه عم واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف رح والمحكي
عن الطحاوي والاصح ان يرفع اولا ثم يكبر لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع حتى يحاذي
بابهاميه شحمة اذنيه وعند الشافعي رض يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له
حديث ابي حميد الساعدي قال كان رسول الله صلعم اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء
بن عازب وانس رض عنهم ان النبي عم كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم
وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال
بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة
و محمد رح وقال ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال
الشافعي رض لا يجوز الا بالاولين وقال مالك رح لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف

بود و بجوز بای لسان کان انه ذکر الشیخ اکمل الدین حل هذه العبارة
في البلاغة بانه قيل ولا عجب منهم عن ان سبقوا فهم فليراجعه م

والشافعي رض يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رح يقول ان افعل وفعيلا
في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن التكبير لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم
لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو
يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه
اما الكلام في الافتتاح فمحمد رح مع ابي حنيفة رح في العربية ومع ابي يوسف رح في الفارسية لان لغة
العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما
نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي
حنيفة رح قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير
مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى
لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل
المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر التعارف
وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد
قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا ويعتمد بيده اليمنى على
اليسرى ويضعهما تحت سرته لقوله عم ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلوة وهو
حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي رح في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم
وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف رح حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل
ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة
ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد قال رضي الله عنه هذا اذا لم يطل القيام اما اذا طال فيعتمد لحاله
الشيعة ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف رح انه يضم اليه قوله وجهت وجهي للذي
الى آخره لرواية علي رض انه عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رض ان النبي صلعم كان اذا افتتح
الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله جل
ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرايض والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به
هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم
معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم
التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي
ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رض
اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وقال الشافعي رح يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي
ان النبي عم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لان انسا رض اخبر انه عم كان لا يجهر بها ثم عن
ابي حنيفة رح انه لا يأتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها

بين السورة والفاتحة الا عند محمد رح فانه لا يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة
او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا يتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي
في الفاتحة ولمالك رح فيهما له قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي رح قوله عليه السلم
لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعم فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه
يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عم اذا امن الامام
فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عم اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال
في آخره فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رض ولانه دعاء فيكون مبناه
على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطاء فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير يكبر
مع الانحطاط لان النبي عم كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطاء من
حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله
عليه السلام لانس رض اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج
الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما عدا ذلك يترك على العادة
ويبسط ظهره لان النبي عم كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبي عم كان اذا ركع
لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلم اذا ركع
احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول
سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفه رح وقالا يقولها في نفسه
لما روى ابو هريرة رض ان النبي عم كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عم
اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم
بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رح ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة والذي
رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى
بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا
واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يفترض ذلك وهو قول الشافعي رح لقوله عم قم فصل فانك
لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فيتعلق
الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته اياه صلوة حيث قال
وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمانينة في
تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى يجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض
لان وائل بن حجر رض وصف صلوة رسول الله صلعم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ووضع وجهه
بين كفيه حذاء اذنيه لما روي انه عليه السلام فعل كذلك وسجد على انفه وجبهته لان النبي عم واظب

عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفه رح وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية
عنه لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفه رح ان السجود يتحقق بوضع بعض
الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما يروى الوجه في المشهور ووضع اليدين و
الركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود
فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عم كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عم صلى في ثوب
واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابد من الابداد
وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عم كان اذا سجد جافى بطنه
عن فخذيه حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره
ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عم اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة
ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا سجد احدكم فليقل في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود
بعد ان يختم بالوتر لانه عم كان يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير
ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة تخفض
في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فاذا اطمان جالسا كبر
وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد
اخرى اجزأه عند ابي حنيفه ومحمد رح وقد ذكرناه وقد تكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود
اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فيتحقق الثانية واذا اطمان
ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي
يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عم فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي عم
كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة
ما وضعت لها ويفعل في الثانية ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما
لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي رح في الركوع والرفع منه لقوله صلعم
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في
الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رض واذا رفع رأسه من السجدة الثانية في
الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت
عائشة رض قعود رسول الله صلعم في الصلوة ووضع يديه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل
رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه نحو القبلة فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها
من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي الى
آخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود فانه قال اخذ رسول الله صلعم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة

من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رض وهو قوله التحيات
المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى آخره لان فيه
الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم
وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رض علمني رسول الله عم التشهد في وسط
الصلوة واخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان اخر الصلوة دعا لنفسه بما
شاء من الدعاء ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة رض ان النبي عليه السلم
قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما ياتيك
بيانه ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رض ولانها
اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك رض والذي يروى ان النبي عم قعد متوركا ضعفه
الطحاوي او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عم وهو ليس بفريضة عندنا
خلافا للشافعي رح فيهما لقوله عم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم
وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة واجبة اما مرة واحدة كما قاله الكرخي رح
او كلما ذكر النبي عم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا
بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية الماثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رض وقال له النبي
عليه السلام ثم اختر من الدعا اعجبه واطيبه اليك ويبدأ بالصلوة على النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة
ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالماثور المحفوظ وما يستحيل سؤاله من
العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله
اللهم ارزقني من قبيل الاول هو الصحيح لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن
يمينه فيقول السلم عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رض ان النبي عم كان يسلم
عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي من عن يمينه من
الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من
لا شركة له في صلاته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان كان الامام
في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند
محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه
ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار
في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليست
بفرض خلافا للشافعي وهو يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث
بن مسعود رض والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله
لا يثبت الفرضية فصل في القراءة ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب

والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو الماثور المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء
جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر
ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء
اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود
النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وبالليل يتخير اعتبارا بالفرائض في حق المنفرد وهذا
لانه مكمل له فيكون تبعا له ومن فاتته العشاء فقضاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل رسول الله
صلعم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت حتما ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص
اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين
السورة ولم يقرأ فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين فان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة
والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقضي واحدة منهما لان الواجب
اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه تترتب
عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك
السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظ الاستحباب
لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة ولم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح
لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع
نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الامام ابي جعفر الهندواني رح لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة
بدون الصوت وقال الكرخي رح ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل
اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق
والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوة اية عند ابي حنيفة رح وقالا ثلث
آيات قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قاريا بدونه فاشبه قراءة ما دون الاية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر
من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الاية خارج والاية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي
سورة شاء لما روي ان النبي عم قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط شطر
الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان على امنة وقرار يقرأ
في الفجر نحو سورة البروج واذا السماء انشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر
في الركعتين باربعين اية او خمسين اية سوى الفاتحة ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك
ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين
وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة
الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ
فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رض الى ابي

موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار
المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التاخير وقد يقعان بالتطو
في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى في الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة
وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح احب الي ان يطول الركعة الاولى على
الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي عم كان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها ولهما
ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول
على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لعدم امكان
الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان
يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام
خلافا للشافعي رح في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عم من كان له امام فقراءة
الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع
قال عم واذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع
وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ
من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي صلعم لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب
قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط
هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عم
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف رح
اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد
والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عم يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم
بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا
الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله
عليه السلام وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي
لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له
اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عم صلوا خلف
كل بر وفاجر ولا يطول بهم الامام الصلوة لقوله عم من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض
والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط
الصف فيكره كالعراة وان فعلن قامت الامام وسطهن
لان عائشة فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى
مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رض فانه صلى به فاقامه عن يمينه ولا يتاخر عن الامام وعن محمد رح

انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف
السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف رح انه يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله ابن مسعود رض ولنا
انه عم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهو دليل الافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا
بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عم اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمهن واما الصبي فلانه متنفل
فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رح ولم يجوزه مشايخنا رح ومنهم
من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف وبين محمد رح والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان
نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف
المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال
ثم الصبيان ثم النساء لقوله عم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته
امرأة وهما مشتركان في صلوة واحدة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو
قول الشافعي رح اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب
به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دونها كالمأموم اذا تقدم على امامه وان لم ينو
امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رح الا يرى انه يلزمه
الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية فان لم يكن بجنبها
رجل ففيه روايتان والفرق في احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة
ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها
عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب
منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
تخرج في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير
ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام
مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى
المستحاضة ولا الطاهرات خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه
والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري
لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز
لانها طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انها طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة
ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة
لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة
حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي
المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت

به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رح ولا يصلي المفترض
خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من
يصلي فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلابد من الاتحاد وعند الشافعي رح تصح في جميع ذلك لان الاقتداء
عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل
الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى ثم علم ان امامه محدث اعاد الصلوة لقوله عم من
ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي رح بناء على ما تقدم ونحن
نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى امي بقوم اميين وبقوم يقرؤن فصلاتهم فاسدة عند
ابي حنيفه رح وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار
كما اذا ام العاري عراة ولابسين ولان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا
لانه لو اقتدى بالقاري يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا
يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة
في الجماعة وان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي
فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام
الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه
الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي
لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عم من قاء او رعف او امذى
في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عم اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده
على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا
عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء
اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما
حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي
والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على
قصد الاصلاح الا يرى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج
وان كان استخلف فسد لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث
يفسد صلوته وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا يرى انه لو تحقق ما توهمه يستقبل فهذا هو الحرف
ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان
كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه
العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان
حصر الامام عن القراءة فاستخلف فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفه وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله

ان الاستخلاف بعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلوة
لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد ما قعد مقدار التشهد توضأ وسلم
لان التسليم واجب عليه فلابد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا
ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من
الاركان فان راى المتيمم الماء في صلوته بطلت الصلوة وقد مر من قبل وان راه بعد ما قعد قدر التشهد
او كان ماسحا على خفيه فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم السورة او عريانا
فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث فاستخلف اميا
او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب
عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة عند ابي حنيفه رح خلافا لهما وقيل الاصل فيه
ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفه وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض
عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من حديث
ابن مسعود رض وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوسل الى الفرض الا به يكون
فرضا ومعنى قوله عم تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد
ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحيته للامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام
فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي
لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا
انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج
من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام
اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح وان لم يحدث الامام
الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول الصلوة عند ابي حنيفه
وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام
جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة
للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام فتفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء و
المسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء
الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث
فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلابد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم
على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع
راسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى ليقع الصلوة مرتبة بالقدر الممكن وان لم
يعد اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة

فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى الامامة او لم ينو لما فيه من صيانة
الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة
ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد
الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا او ناسيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رح في الخطأ والنسيان ومفزعه
الحديث المعروف رفع عن امتي الخطاء والنسيان ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من
من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام
ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان
فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع و
ان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رح
ان قوله آه لا يفسد في الحالين وقوله اوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان
او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى
لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد
وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان تفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو
كالعطاس والجشاء اذا حصل منه حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت
صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا
لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه
تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من افعال الصلوة فيعفى القليل منه
ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه
مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لان
الفتح مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام
لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه
بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهو كلام مفسد عند ابي
حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يكون مفسدا والخلاف فيما اذا اراد جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير
بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في
الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح
ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح
الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزئ بتلك الركعة الاولى لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته
ونية المنوي على حاله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا هي تامة لانها عبادة

انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة رح ان حمل المصحف والنظر فيه
وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول
وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ
كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رح لان المقصود هنالك الفهم واما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان
مرت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عم
لو علم المار بين يدي المصلي من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما
حائل وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة
لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عم ايعجز
احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه
لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عم من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل
السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة القوم لانه عم صلى ببطحاء مكة
الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار
اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عم فادرؤوا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة
كما فعل رسول الله صلعم بولدي ام سلمة رض او يدرأ بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما
كفاية

فصل

ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عم ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر
منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصا لانه نوع عبث
الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عم مرة يا اباذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا
يفرقع اصابعه لقوله عم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عم
نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عم لو علم المصلي من يناجي
ما التفت ولو نظر بموخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عم كان يلاحظ اصحابه في
صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رض نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك
وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه
نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد
صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته
ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روى انه عم نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر
ولا يسدل ثوبه لانه عم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا
يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير و
حالة الصلوة مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق
لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره

ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا بأس
بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رض ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا بأس بان يصلي
وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي
على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة و
اطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير
او صورة معلقة لحديث جبرئيل عم انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث
لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا يعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس فليس
بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة
على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة
او كانت على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون امام المصلي ثم من فوق راسه ثم على يمينه ثم على
شماله ثم على خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك
لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره بمثال
غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو
كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق
ما روينا ويكره عد الآي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال
الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد رح انه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة
والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده والله اعلم

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية
لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى
الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازيها وما ينحط منه ينحط اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول
والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه
ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ
حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا بأس به اذا
خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله
لا بأس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي
يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة رح وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده
ولا يؤذن له ولابي حنيفة رح قوله عم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى
طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة

وهو المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته والوتر ثلث ركعات
لا يفصل بينهن بالسلام لما روت عائشة رض انه عم كان يوتر بثلاث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلاث
وهذا احد اقوال الشافعي رض وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك والحجة عليهما ما رويناه ويقنت
في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي بعده لما روي عن النبي عم انه قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع
ولنا ما روي انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره ويقنت في جميع السنة
خلافا للشافعي رح في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عم للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل
هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تع فاقرؤا ما تيسر
من القرآن واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي في الفجر لما روى ابن
مسعود رض انه عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه
منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته فيه وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة
لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة
في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجوز الاقتداء
به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

السنة في الصلوة

ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد
المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة
ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل
العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا
خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة رح على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة
واحدة عندنا كذا قال رسول الله صلعم وفيه خلاف الشافعي رح ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة
ركعتين وان شاء صلى اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة رح ان صلى ثماني
ركعات بتسليمة واحدة جاز ويكره الزيادة على ذلك وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع
الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما
للجواز والافضل في الليل عندهما مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي رح فيهما مثنى مثنى وعند
ابي حنيفة رح فيهما اربع اربع للشافعي قوله عم صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح
ولابي حنيفة رح انه عم كان يصلي بعد العشاء اربعا روته عائشة رض وكان صلعم يواظب على الاربع في
الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة واحدة

لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيه جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعًا لا وترًا

فصل

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عم لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرًا ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما تتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فتفارقانها في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا تلحقان بهما والصلوة فيما روى مذكورة صريحًا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفًا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفه رح وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي عم داوم على ذلك ولهذا لا يجب سجدة السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي رح لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعًا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزمًا هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف رح انه يقضي اعتبارًا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع ملزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعًا احتياطًا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعًا ولم يقرأ فيهن شيئًا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رح وعند ابي يوسف رح يقضي اربعًا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد رح ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف رح ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا يرى ان للصلوة وجودًا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفه رح ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء للشفع الاول وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطًا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رح فصح الشروع في الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح

الشروع في شفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لا يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف رح ان صح فقد اداها ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفه رح لان التحريمة باقية وعند محمد رح عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفه رح انه تلزمه قضاء ركعتين ومحمد رح لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعًا عندهما وعند محمد رح ركعتين ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعًا عند ابي يوسف رح وعندهما ركعتين وتفسير قوله عم لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيانًا لفرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدًا مع القدرة على القيام لقوله عم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعًا في الصلوة وان افتتحها قائمًا ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفه رح وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصًا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت به يومي ايماء لحديث ابن عمر قال رايت رسول الله عم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه النافلة او ينقطع هو عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفه رح انه ينزل لسنة الفجر لانها اكد من سايرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف رح انه يجوز في المصر ايضًا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبًا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلًا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزًا للركوع والسجود لقدرته على النزول فان اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف رح انه يستقبل اذا نزل ايضًا وكذا عن محمد رح اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر

فصل في قيام رمضان

ويستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفه رح لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عم بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل مسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رض يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض

الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه
قال عامة المشايخ رحمهم الله والاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد
العشاء ولم يذكر فيها قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد
التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان وعليه اجماع المسلمين

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى
عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام
هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة
قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف رح وقد قيل يتمها وان
كان قد صلى ثلثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد
ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما
ينوي الدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في
وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا
قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهية النفل وكذا بعد العصر
لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن
دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عم لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل
يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به امر الجماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان قد صلى
الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه
يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهية التنفل بعدها
ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي
ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام لان
ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها
في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رح في تقديمها على الركعتين وتاخيرها
عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في
المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام
واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد
ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه عليه السلام
قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب
والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده
الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله واما سائر السنن سواها لا يقضى بعد الوقت وحدها

واختلفت المشايخ رحمهم الله في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك ركعة من الظهر ولم يدرك الثلث فانه لم يصل
الظهر في جماعة وقال محمد رح قد ادرك فضيلة الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب
الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر
بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده ان كان
في الوقت سعة فان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة الفجر والظهر لان لها زيادة مزية قال عم في
سنة الفجر صلوها وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل
هذا في الجميع لانه عم واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان
لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه
فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر رح هو يقول ادرك الامام
فيما له حكم القيام فصار كما لو ادركه في حقيقة القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم
يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رح
لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به وكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء
واحد كما في الطرف الاول والله اعلم

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته
صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وبين فرض الوقت
عندنا مستحق وعند الشافعي رح مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم
من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم
ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت
وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها
لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت
بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم
الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت
قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما يسقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت
ستا بخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من
صلوة يوم وليلة اجزأته التي بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة يصير ستا وعن محمد رح انه اعتبر دخول
وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت
القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن
زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي
عن محمد رح فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل
حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة

لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان
في اخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد رح يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل
الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا
حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما تفسد فسادا باتا
لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة
خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا
اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء و
السنة دون الوتر لان الوتر فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد
ثم يسلم وعند الشافعي رح يسجد قبل السلام لما روى انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عم لكل سهو
سجدتان بعد السلام وروي انه عم سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك
بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام يتجبر به وهذا الخلاف في
الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عم
والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضوع اخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في
صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان
تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب ويلزمه اذا ترك
فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة او ترك قراءة
الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عم واظب عليها من
غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوة فيدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب
ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح
ولو جهر الامام فيما يخفي او خافت فيما يجهر يلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها
من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر
والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما يصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده اية واحدة
وعندهما ثلث ايات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة وسهو الامام يوجب
على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام
لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود
لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سها عن القعدة الاولى
ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو
والاصح

مشايخنا قالوا لا سجود في العيدين والجمعة كيلا يقع الناس في الفتنة

والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد اليه لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك
الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح
صلاته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فيرتفض
ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رح لانه استحكم شروعه
في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة
حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح
على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة فان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة
عند ابي يوسف رح لانه سجود كامل وعند محمد رح برفعها لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث
وثمرة الاختلاف فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح ولو قعد في الرابعة
ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد في الخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه
الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها
ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى ليصير
الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عم عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح
لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على وجه
مسنون وفي النفل بالدخول لا على وجه مسنون ولو قطعها لا يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به
انسان فيهما يصلي ستا عند محمد رح لانه هو المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسد المقتدي لا قضاء عليه عند محمد رح اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رح يقضي ركعتين لان
السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن
لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن بطل
جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم
فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح هو داخل سجد الامام
او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد
ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء
السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة
وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد به قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد للسهو
لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلاته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا و
ذلك اول ما عرض له استأنف لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان
الشك يعرض له كثيرا بنى على اكبر رأيه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب فان لم يكن له رأي بنى على
اليقين لقوله عم من شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى

لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كيلا
يصير تاركا فرض القعدة

باب صلاة المريض

واذا عجز المريض عن القيام
صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن حصين رض صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب
تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله
وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عم
ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك وان فعل ذلك وهو يخفض رأسه اجزاه لوجود
الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه
الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله عم يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه
يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة فاومى
جاز لما روينا من قبل الا ان الاول هو الاولى عندنا خلافا للشافعي رح لان اشارة المستلقي تقع الى هواء
الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتأدى الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت
عنه ولا يومي بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر رح لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع
ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين وحاجبيه وقوله اخرت عنه اشارة الى انه
لا تسقط الصلوة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب
بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء
لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا
فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض
يتمها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء
ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض به ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله
استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود
استأنف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا بأس
بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل
لا يكره عند ابي حنيفة رح لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود
عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب
النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة رح والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من
عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل
لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط
هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس
ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملة لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة

فصل في سجدة الشكر وروى عن ابرهيم النخعي انه يكره سجدة الشكر وعن محمد رحمه الله ان ابا حنيفة كان لا يراها شيئا

اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه
يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان رح بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر
ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رح لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور
عن علي وابن عمر رض

باب سجود التلاوة

قال سجود التلاوة في
القرآن اربع عشرة في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل
وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رض وهو المعتمد عليه والسجدة
الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رض وهو المأخوذ
للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله
عليه السلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا
الامام آية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا
المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يسجدونها اذا فرغوا
لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة
ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض
لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب
وان سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في
الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة
ليس من افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي
فلا يتأدى به الكامل واعادوها بعدها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام
الصلوة وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد رح وان قرأها الامام وسمعها
رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعدما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها
بادراك تلك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهاهنا اولى وان
لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها
صلوتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص ومن تلا آية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها
وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد
اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها
وسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق
الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة وان قرأها في مجلسه فسجد
ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على
التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل

عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيّرة لانه دليل الاعراض وهو المفسد هناك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المتنقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط واذا تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود للتلاوة كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا باس بان يقرأ اية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال والحب الي ان يقرأ قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام ولياليها سير الابل ومشي الاقدام لقوله ع م يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدّره ابو يوسف رح بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رح التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رح فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس وابن عمر رض والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا يصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رض اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان يهزم فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رح يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف رح يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رح لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى

و في شرح الطحاوي ولو ان المسافر سلم على راس الركعتين بعد ما اقتدى بالامام او افسد على نفسه صلوته بالكلام وغير ذلك لا يجب عليه قضاء الاربع وانما يجب عليه قضاء الركعتين لان الاربعة اوجبت بحكم المتابعة وقد فاتت ولو اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت ثم خرج الوقت بعد ما صح اقتداؤه بالوقت لا تفسد صلوته مسافر دخل مصرا وتزوج فيه امراة يصير مقيما الا بالنية وقيل يصير مقيما

الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغيّر بالسبب وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدّى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأدّ الفرض فكان الاتيان بها اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لان النبي ع م قال ذلك حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه ع م واصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا يرى انه ع م بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي رح سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها تثبت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب صلوة الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله ع م لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى ان كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة في عرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله ع م اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي ع م ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة بها وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو

خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان
اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة
او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رض انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرايطها الجماعة لان الجمعة
مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة رح ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سوى الامام قال رض والاصح ان هذا
قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث
لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان يركع الامام
ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رح وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى
الجمعة فان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر رح هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها
كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رح ان الانعقاد بالشروع
في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة
لانها تنافي الصلوة فلا تشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا ينعقد بهم الجمعة فلا
يتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور
وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر
فان حضروا وصلوا مع الناس اجزأهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر
والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رح لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه
رخصة فاذا حضروا تقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال
وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة
قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر رح لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة
اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق
الكافة وهذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون
الجمعة لتوقفها على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضرها فتوجه والامام فيها
بطل ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد
تمامه والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصايص الجمعة
فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي
المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات
والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزأهم لاستجماع شرايطه ومن
ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله عم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا
وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وعند محمد رح ان ادرك معه اكثر الركعة

الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرايط
في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال
النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان
لا يبنى احدهما على تحريمة الاخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر
لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع ههنا بخلاف الصلوة لانه قد تمتد ولابي حنيفة رح قوله
عليه السلام اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة
واذا اذن المؤذنون ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع
واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد
رسول الله عم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر
هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول المقصود به والله اعلم

باب صلوة العيدين

ويجب صلوة العيد على كل من تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد
فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رض وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وجه الاول مواظبة النبي عم عليها وجه الثاني قوله عم في حديث الاعرابي
عقيب سؤاله هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب
في يوم الفطر ان يطعم قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عم كان يطعم في يوم
الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في يوم
الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عم كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر
اغناء للفقير ليفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة رح في طريق المصلى وعندهما
يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك
في الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لان النبي عم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى
خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عم لم يفعله واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال
فاذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي عم كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا
بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح
وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدي في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر
ثلثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رض وهو قولنا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى
للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول
ابن عباس رض لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان
الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها

اختلف اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم في تكبيرات التشريق عقيب الصلوات في البداية والختم اتفق المشايخ منهم في البداية انها بعد صلوة الفجر من يوم عرفة وهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا غير انهم اختلفوا في الختم عند ابن مسعود الى صلوة العصر من اول يوم النحر وهي ثمان صلوات وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول علي رضي الله عنه يكبر الى صلوة العصر من آخر ايام التشريق وهي ثلث وعشرون صلوة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولا رواية عن عثمان رضي الله عنه في الختم وعن عمر رضي الله عنه روايتان في رواية كما قال علي رضي الله عنه وفي رواية الى صلوة الظهر من آخر ايام التشريق وعلى الناس اليوم على مذهب علي رضي الله عنه

المكتسب

بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم توجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي رح اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما الا انه حمل المروي كله على الزوايد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما خلا تكبيرتي الركوع لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رح انه لا ترفع والحجة عليه ما روينا ويخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض ويعلم الناس فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لا يقضيها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرايط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي عم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى ويكبر لانه عم كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذا نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عم كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد او بعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونها كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب صلوة العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا يختم عقيب صلوة العصر من آخر ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم فاخذا بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة رح وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل ولا على جماعة المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد رح ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرايط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب رح صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رح دل ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي رح ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنه والحال اكشف على الرجال لقربهم وكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة وقالا يجهر وعن محمد رح مثل قول ابي حنيفة رح اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رض انه عليه السلام جهر فيها ولابي حنيفة رح رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عم فيه فاذكروا الله واستغفروه ولقوله عم اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في كسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد لنفسه لقوله عم اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رح ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا ورسول الله عليه السلام استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي ان النبي عم صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رض قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد رح وعند ابي يوسف رح خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة رح لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عم استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رض هذا قول محمد رح اما عند ابي حنيفة رح لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف رح وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما رويناه فان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالثانية ركعتين لما روي انه عم صلى الظهر بطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالطائفة الثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق

لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار فبعضا بعدم الغسل للكل والشافعية قالوا يغسل الكل ولم يفصلوا واصحابنا فصلوا فقال الحاكم في الكافي من كتاب التحري واذا اختلط موتى المسلمين وموتى الكفار فمن كانت عليه علامة المسلمين صلي عليه ومن كانت عليه علامة الكفار ترك وان لم يكن عليهم علامة والمسلمون اكثر غسلوا وكفنوا وصلي عليهم وينوون بالصلوة والدعاء المسلمين دون الكفار ويدفنون في مقابر المسلمين وان كان الفريقان سواء او كانت الكفار اكثر لم يصل عليهم ويغسلون ويكفنون ويدفنون في مقابر المشركين وقد رجحوا المانع على المقتضي اختلاط موتى المسلمين بموتى الكفار

ولا يجوز للمسلم ان يغسل الكافر ويجهزه ويدفنه عتابي

ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لانه عليه السلم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد رح انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن بالشهادتين لقوله عم لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضوؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عم ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رض علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل

في التكفين السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن كفاية لقول ابي بكر رض اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق فان ارادوا لف الكفن ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة اولا ثم تبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه بخرقة صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية رض ان النبي عم اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلثة

وان قتل رجل في الحرب لبغي او قطع طريق يغسل ولا يصلى عليه خلافا للشافعي رحمه الله تعالى واذا قتل بعد الحرب يصلى عليه كذا في الكافي وفي الخلاصة ان من قتل بالسعي في الارض بالفساد كاهل البغي وقطاع الطريق والمكابرين والخناق الذي خنق غير مرة لا يغسل ولا يصلى عليه ومن قتل نفسه عمدا قال الامام السعدي رحمه الله تعالى الاصح عندي انه لا يصلى عليه لانه باغ على نفسه وهو قول ابي يوسف وعليه فتوى الامام المرغيناني وقال الامام الحلواني الاصح عندي ان يصلى عليه وعليه فتوى البخاري قال في تصحيح الاصح انه يصلى عليه عند ابي حنيفة و محمد رحمهم الله تعالى وهكذا في الملتقط

القاتل نفسه لا يصلى عليه وعليه الفتوى

مختصر الوقاية لابي المكارم

الخنثى الميت يغسل عند محمد ويكفن في خرقة وفي ظاهر الرواية لا يغسل ولا يصلى اذا كان خلقته تامة فان لم يكن لا يغسل بالاجماع ويلف في خرقة ولا يصلى عليه في الوجهين عتابي

اثواب جاز وهو ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت الازار ثم الازار ثم اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه صلعم امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة

فصل في الصلوة على الميت

واولى الناس بالصلوة على الميت السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب الولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء فان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتادى بالاول والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا الناس تركوا من اخرهم الصلوة على قبر النبي عم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي عم صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الراي هو الصحيح لاختلاف الحال في الزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة فصلى على النبي عم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه صلعم كبر اربعا في اخر صلوة صلاها فنسخ ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوة سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدي بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة رح انه يقوم من الرجل بحذاء راسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رض فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا باس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم الناس بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقول النبي صلعم من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عم اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى ومن لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا

اعلم ان التبعية على مراتب اقواها تبعية الابوين او احدهما اي في احكام الدنيا لا في العقبى فلا نحكم بان اطفالهم في النار البتة بل فيه خلاف قيل يكونون خدم اهل الجنة وقيل ان كانوا قالوا بلى يوم اخذ العهد ففي الجنة والا ففي النار وعن محمد رحمه الله انه قال فيهم ان اعلم ان الله لا يعذب احدا بغير ذنب وهذا نص لله التفصيل ٭ وتوقف فيهم ابو حنيفة واختلف بعد سعة الاولاد فالذي في الهداية تبعية الدار وفي المحيط عند عدم احدهما لا يكون تبعا لصاحب اليد ولعله اول فان من وقع في سهمه صبي من الغنيمة في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد
من شرح الكافي

ويغسل في غير ظاهر الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل
عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع
خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط وان مات
الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رض في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب
النجس ويلف في خرقة وتحفر له حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل

في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوايمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة
وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي رح السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق منهما على اصل
عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رض هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة
صلوات الله عليهم ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه صلعم حين سئل عنه فقال ما دون الخبب واذا
بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان توضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام
امكن منه وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك
ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل

في الدفن ويحفر القبر ويلحد
لقوله عم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي رح فان عنده يسل سلا
لما روي انه صلعم سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في
ادخال النبي صلعم فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله عم كذا قال رسول الله صلعم
حين وضع ابا دجانة رض في القبر ويوجهه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلعم ويحل العقدة لوقوع الامن
من الانتشار ويسوي اللبن على اللحد لانه صلعم جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على
اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب
لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع
الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه صلعم جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر
ولا يسطح اي لا يربع لانه صلعم نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي صلعم اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او
قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال
صلعم فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم وكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به
عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير
معتاد كالعين ونحوها والشافعي رح يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة
ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء
كالنبي والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء
احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يغسل

ومن قتل ظالما يغسل ولم يصل عليه وحكم المقتولين بالعصبية حكم اهل البغي وكل من قتل بالسعي في الارض بالفساد كاهل البغي وقطاع الطريق والمحاربين والخناق الذي خنق غير مرة فانه يغسل ولا يصلى عليه وقاتل النفس يغسل ويصلى عليه عند ابي حنيفة رح وقيل لا يصلى عليه وهو مختار بعض المتاخرين لانه اي النبي عليه السلام رجل قتل نفسه بمشاقص فلم يصل والمشقص من النصال ما طال وعرض
من الخزانة

لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة رح ان الشهادة عرفت مانعة
غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة رض لما استشهد جنبا غسلته الملائكة صلوات الله عليهم وعلى
هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف
الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه
طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه
الحشو والفرو والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون
ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك
يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من
المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة
الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة ولو آواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما
بينا ولو بقي حيا حتى مضى عليه وقت صلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو
من احكام الاحياء قال رض وهذا مروي عن ابي يوسف رح ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند
ابي يوسف رح لانه ارتفاق وعند محمد رح لا يكون لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل
لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص
وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف رح ما لا يلبث
بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه
لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة
او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رض لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي رض فيهما ولمالك في الفرض لانه صلعم صلى في جوف
الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرايطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط
فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه
على الخطاء بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا
صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة
جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على
ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رح لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء
لانه ينقل الا يرى انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد
ورد النهي عنه عن النبي صلعم

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل
البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوة ولقوله
صلعم ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية

لان كمال الملك بهما والعقل والبلوغ لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا يتحقق العبادة من الكافر
ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه صلعم قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها
النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عم لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن من الاستنماء
لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة على الفور
لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط
وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي رح فانه يقول هي غرامة مالية فيعتبر بسائر المؤن كنفقة
الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا يتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا
اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة
تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رح انه يعتبر
اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة رح انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة
بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا
لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رح تجب لتحقق
السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش
وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد
دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب
لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رح فيهما ولابي يوسف رح في الثاني على ما
روي عنه لان له مطالبا من جهة العباد وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه
وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال
زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين
لما قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت به بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر
عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي رح ومن جملته المال المفقود والابق والمغصوب
اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان
مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد
تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كابن السبيل ولنا قول علي رض لا زكوة في مال الضمار ولان السبب
هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمال المدفون
في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ رحمهم الله ولو كان
الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان الدين
على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان الدين على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رح
لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رح لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد رحمهما الله

في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رح في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة و
نواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك
لم يكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر
مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا بالنية الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة
لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بالنكاح
او بالخلع او بالصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رح لاقترانها بالعمل وعند محمد رح
لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة
للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة وكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا
ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله
ولا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه وكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين
ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل وعند ابي يوسف رحمه الله
لا تسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول
ففيها شاة الى تسع فان كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة واذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه
الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت
مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي
طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين
فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا و
سبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين
وبهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلعم ثم اذا زادت على المائة والعشرين تستانف الفريضة
فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه
وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة فيكون في
الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع وفي خمس وعشرين بنت مخاض
وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف
الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رح اذا زادت
على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم
يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عم
كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها
ولنا انه عم كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة

والبخت والعراب سواء في ذلك لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل** في البقر ليس في اقل من ثلثين
من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية
وفي اربعين مسنة او مسن وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلعم معاذا فاذا زادت على اربعين وجب
في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر
مسنة وهذا رواية الاصل لان العفوية نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب
في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون
بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رح لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو
رواية عن ابي حنيفة رح لقوله صلعم لمعاذ رض لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين
قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين
مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعتان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع
الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله صلعم في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس
والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته
ولذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر **فصل** في الغنم ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة
فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها
شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة
شاة كذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلعم وفي كتاب ابي بكر الصديق رض وعليه انعقد الاجماع
والضأن والمعز سواء لان لفظ الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ
الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما انه يؤخذ
الجذع لقوله صلعم انما حقنا الجذع والثني ولانه تتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رض
موقوفا عليه ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا
لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روى الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم
الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال النبي صلعم في اربعين شاة شاة **فصل** في الخيل
اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا وان شاء
قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم هذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا لا زكوة في الخيل
لقوله صلعم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عم في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم
وتأويل ما روياه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رض والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور
عن عمر رض وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه
الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء
في البغال والحمير لقوله صلعم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان تكون للتجارة لان الزكوة

حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة **فصل** وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة
عند ابي حنيفة رح وهذا آخر اقواله وهو قول محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول
زفر رح ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رح وجه قوله الاول
ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما في المهازيل وجه
الآخر ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان
فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تأدية الزكوة منها ثم عند ابي يوسف لا يجب
فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد
ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا يجب حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان ثلث الواجب
ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا
الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى
قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه سن في الزكوة ولم توجد عنده اخذ المصدق اعلى منها
ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتنى على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكره
ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي
الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيمة في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة
الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي رح لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء
الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة
فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل
والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عم ليس في العوامل والحوامل
ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم
يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها
نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط
لقوله صلعم لا تأخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي من اوساطها ولان فيه
نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رح
لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك
الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد
وما شرط الحول الا للتيسير قال رح والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال
محمد وزفر رح فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند
زفر رح يسقط بقدره لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عم في خمس من الابل
شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب

فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رح يصرف الهلاك بعد العفو
الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند
ابي يوسف رح يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوايم لا يثنى
عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم
مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا
بالدفع الى كل جاير لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء
وعلى المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين ويوخذ من نساء المسلمين دون
صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقط فرضها عنه وقال الشافعي رح يضمن اذا هلك بعد التمكن
من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا
ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد الجاني بالجناية يسقط
بقدره اعتبارا للبعض بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب
فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب
اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزايد عليه تابع له

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة
لقوله صلعم ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول
ففيها خمسة دراهم لانه صلعم كتب الى معاذ رض ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا
من ذهب نصف مثقال ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما
درهم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي رح
لقوله صلعم في حديث علي رض وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال و
اشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوايم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رح
قوله صلعم في حديث معاذ رض لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين
صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة
وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رض واستقر الامر عليه
واذا كان الغالب على الورق الفضة فهي في حكم الفضة وان كان الغالب الغش فهي في حكم العروض يعتبر ان
يبلغ قيمتها نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل الغش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة
فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله الا ان في غالب الغش
لا بد من نية التجارة كما في ساير العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة
القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا
كانت عشرين مثقالا وحال عليها الحول ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن

اذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثنى عليهم

ان الزكوة تسقط بعد وجوبها

ان قدم الزكوة على الحول جاز

عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال
عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رح وعندهما يجب بحساب ذلك وهي مسئلة
الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي تبر الذهب و
الفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي رح لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل
في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل
هو المعتبر بخلاف الثياب

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا
بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عم تقومها فيؤدي في كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانه معد
للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال
يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رض وهذا رواية عن ابي حنيفة رح وفي الاصل خير لان
الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رح انه
يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود يقومها بالنقد
الغالب وعن محمد رح انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب
كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد
منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغناء وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء
وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم
الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا وفي القياس لا يضم وهو قول الشافعي رح
كما في السوايم ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رح وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم
وخمسة مثاقيل ذهب يبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان ان المعتبر فيهما القدر
دون القيمة حتى لا يجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتي درهم وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة
وهي يتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق
ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر
مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر اخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر اخر لانه ادعى وضع الامانة
موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر اخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى
الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في
صدقة السوايم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء في المصر لا يصدق وان
حلف وقال الشافعي رح يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف
الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح
ثم فيما يصدق في السوايم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية

يصدق ان قال انا اديتها الى الفقراء في المصر

اخراج البراة

مسئلة الخط يشبه الخط
فلا يعتبر علامة

الحسن عن ابي حنيفه رح لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط
فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يوخذ منه ضعف ما يوخذ من المسلم
فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ
منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج فيه الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا
بامية الولد لانها تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال ويوخذ من المسلم ربع
العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رض سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يوخذ
منه شي الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان
المأخوذ منهم زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا ناخذ من القليل
وان كانوا ياخذون منا لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي بمائتي درهم ولا نعلم
كم ياخذون منا ناخذ منه العشر لقول عمر رض فان اعياكم فالعشر وان علم انهم ياخذون منا ربع العشر
او نصف العشر ناخذ بقدره وان ياخذون الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ
منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق وان مر الحربي على العاشر فعشره ثم مر مرة اخرى
لم يعشره حتى يحول عليه الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال للمال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان
الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال
وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ
بعده لا يفضي الى الاستيصال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها
وقال الشافعي رح لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر رح يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال
ابو يوسف رح يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد منهما على الانفراد
عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي
ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا
يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي او امرأة من
بني تغلب بمال فليس على الصبي شي في ماله وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر
بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته
لم يدخل تحت حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون باداء زكوتها قال وكذا المضاربة
يعني اذا مر المضارب وكان ابو حنيفه رح يقول اولا يعشره لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن
التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك
ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيوخذ منه لانه مالكه قال
ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره قال ابو يوسف رح لا ادري ان ابا حنيفه رح رجع عن
هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار

كالمضارب

السلطان الجائر اذا اخذ الصدقة من الاموال الظاهرة اختلفوا فيه والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر انه يسقط الزكوة
عن اربابها ولا يؤمرون بالاداء ثانيا لان له ولاية الاخذ فيصح اخذه وان لم يضع الصدقة في موضعها وان اخذ الجبايات
او اخذ مالا بطريق المصادرة ونوى صاحب المال عند الدفع الزكوة اختلفوا فيه قال بعضهم لا يصح وقال شمس الائمة السرخسي
الصحيح انه يجوز ويسقط عنه الزكوة
قاضي خان

كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى
الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون
الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يوخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد
دين محيط بماله لانعدام الملك او الشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثنى
عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه

باب في المعادن والركاز

قال معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج او عشر
ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي رح لا شي عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا
او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله صلعم وفي الركاز
الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانه كان في ايدي الكفرة وحوته ايدينا غلبة وكان غنيمة وفي الغنائم
الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية
فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في
داره معدنا فليس فيه شي عند ابي حنيفه رح وقال ابو يوسف ومحمد رح فيه الخمس لاطلاق ما روينا
وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في ساير الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة
بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجد في ارضه فعن ابي حنيفه رح روايتان ووجه الفرق على احديهما
وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في
الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز
ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة
فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم
ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ
لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام
الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفه ومحمد رح هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه
سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها
درة ملك الدرة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى
المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب
يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب
بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده
في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شي فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر
وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله صلعم لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفه
اخرا خلافا لابي يوسف رح ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفه ومحمد رح فيهما وفي كل حلية تخرج من

الخمس في المعادن

لو وجد في داره معدنا

ان وجد كنزا عليه الخمس عندهم

اصطاد سمكة في بطنها در

ليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس

البحر الخمس لان عمر رض اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان
كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رض فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس
معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة رح في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء الا
الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون
صاعا بصاع رسول الله صلعم وليس في الخضراوات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب
وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله صلعم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب
فيه ليتحقق الغنى ولابي حنيفة رح قوله صلعم ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة
التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته
وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله صلعم ليس في الخضراوات
صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة ياخذها العاشر وبه
اخذ ابو حنيفة رح فيه ولان الارض قد يستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها
الخراج اما الحطب والقصب والحشيش فلا يستنبت في الجنان عادة بل ينفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة
او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيه العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب
الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب
والثمر دونهما وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى
بالسماء او سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة قال ابو يوسف فيما لا يوسق
كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا
لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رح يجب العشر اذا بلغ الخارج
خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء
لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي
رحمه الله لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عم في العسل العشر ولان النحل يتناول
من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند
ابي حنيفة رح يجب فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف رح انه يعتبر فيه قيمة خمسة اوسق
كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني سيارة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلعم
كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في
قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف انه لا يجب لانعدام السبب وهي
الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب
فيه اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال رح

تغلبي له ارض عشر فعليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رضوان الله عليهم وعن محمد رح ان فيما
اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي
على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم
التغلبي عند ابي حنيفة رح سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى
المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف رح يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب
وهو قول محمد رح فيما صح عنه قال رض اختلفت النسخ في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة رح في بقاء
التضعيف الا ان قوله لا يتاتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة
ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة رح
لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون
من التبديل وعند محمد رح هي عشرية على حالها لانه صارت مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية
يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على
البايع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم
واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء
لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا اسقاه بماء العشر
اما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في
داره شيء لان عمر رض جعل المساكن عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر
ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء
العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف رح عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء
والابار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء
جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رح لانها لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف
لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمراة التغلبيين ما في ارض الرجل
يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة
دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمراة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في
عين القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض
الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات
للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف قد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى
ذلك انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة رح وقد قيل
على العكس ولكل وجه وهما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل

يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي لان استحقاقه
بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا ياخذها العامل الهاشمي تنزيها
لقرابة الرسول عم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب
يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه
وقال الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع
الغزاة عند ابي يوسف رح لانه هو المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رح منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل
بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله صلعم ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف
هو الفقراء قال وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات الزكوة
فللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي رح لا يجوز الا ان يصرف
الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق
وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي قلناه
المروي عن عمر وابن عباس رض ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عم لمعاذ رض خذها من اغنيائهم
وردها في فقرائهم ويدفع اليه ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي رح لا يدفع وهو رواية عن ابي
يوسف رح اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عم تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ لقلنا
بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت
لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك رح
ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى
غني لقوله عم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في غني الغزاة وكذا حديث معاذ رض
على ما رويناه قال رح ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل
لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امراته للاشتراك في المنافع عادة
ولا تدفع المراة الى زوجها عند ابي حنيفة رح لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله عم لك اجران اجر الصدقة
واجر الصلة قاله لامراة ابن مسعود رض وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال رح
ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله
حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رح لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا
يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا
لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف
امراة الغني لانها ان كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم
لقوله عم يا بني هاشم ان الله حرم عليكم غسالة اموال الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع
لان المال هنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال رح وهم آل علي وآل عباس

وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث ابن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف
ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلعم ساله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا
بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق
بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رح اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني
او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رح عليه الاعادة
لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد
فانه عليه السلم قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته
ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت القبلة وعن
ابي حنيفة رح في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف
فاما اذا شك فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو
دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر
ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط ان يكون
فاضلا عن الحاجة الاصلية واما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان
صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها
وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر رح لا يجوز لان الغنى
قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى
وبقربه نجاسة قال وان تغني بها انسانا احب الى معناه الاغناء عن السؤال في يومه ذلك لان الاغناء مطلقا
مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد قال محمد رح وانما يفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا فيه من حديث
معاذ رض وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما
فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب
فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عم في خطبته ادوا
عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي
او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع
قربة واليسار لقوله عم لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رح في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت
يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة
بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان
الصدقة ووجوب الاضحية والفطر قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رض قال فرض رسول الله صلعم
زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانها

تضاف اليه يقال زكوة الراس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا تتعدد
الراس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار
لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار وان كان
لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة رح وابي يوسف خلافا لمحمد رح لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة
ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة
ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم
استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر
وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رح فان عنده وجوبها
على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنا
والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد
بين اثنين عند ابي حنيفة رح وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى
قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما
ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عم في حديث ابن عباس رض ادوا عن كل حر
وعبد يهوديا او نصرانيا او مجوسيا الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رح
لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا و
احدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار لان
الولاية له وقال الشافعي رح على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد
يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف النفقة
لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب

ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد
الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رح والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي رح من جميع
ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رض قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلعم ولنا ما روينا وهو مذهب
جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر
يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير
النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير
والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب
اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة
وعن محمد رحمهما الله انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رح
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد عن

الخلاف

الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رح ثمانية ارطال بالعراقي
وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رح لقوله عم صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي
انه عم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رض وهو اصغر من الهاشمي
وكانوا يستعملون الهاشمي ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي رح بغروب الشمس
في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه
من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص واختصاص
الفطر باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عم كان
يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها
على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح
وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها
بخلاف التضحية

كتاب الصوم

الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب
ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وان لم ينو
حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رح لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله
تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم
وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر
والنية من شرطه وتفسيره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عم لا صيام لمن لم ينو الصيام
من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الباقي ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزئ عنده
ولنا قوله عم بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما
رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه صوم يوم فيتوقف الامساك
في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله
تعالى فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لانهما اركان فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما
وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها
بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار
وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى
لا وقت الزوال فيشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رح لانه
لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب
اخر وقال الشافعي رح في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون
له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا
نوى النفل او واجبا اخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق

ذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الشهادة الواحد اذا شهد على هلال رمضان عند القاضي والسما متغيمة وقبل الامام شهادته وامر الناس بالصوم فلما اتموا ثلثين يوما غم عليهم هلال شوال قال ابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف يصومون من الغد وان كان يوم الحادي والثلثين ولا يفطرون وقال محمد يفطرون وقال شمس الائمة الحلواني هذا الاختلاف فيما لم يروا هلال شوال والسما مصحية فاما اذا كان متغيمة فانهم يفطرون بلا خلاف وهذا اذا شهد على هلال رمضان واحد واما اذا شهد شاهدان عدلان على هلال رمضان والسما متغيمة وقبل القاضي شهادتهما وصاموا ثلثين يوما ولم يروا الهلال ان كانت متغيمة يفطرون من الغد بلا اتفاق وان كانت مصحية فكذلك يفطرون اليه اشار في القدوري وفي المنتقى وهكذا حكى فتوى شيخ الاسلام ابي الحسن وقيل في فوايد القاضي الامام ركن الاسلام على السعدي انهم لا يفطرون والاول اصح
م الذخيرة

بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة
فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رح اذا صام المريض والمسافر بنية واجب اخر يقع عنه
لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان
والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان و
صوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز
بنية قبل الزوال خلافا لمالك رح فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عم بعد ما كان يصبح غير صايم
اني اذا لصايم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما
بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رح جاز ويصير صايما من حين نوى اذ هو
متجزي عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا
يصير صايما من اول النهار لانه عبادة وهي قهر النفس وانما يتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية
باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا
وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم
عليكم فاكملوا شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون
يوم الشك الا تطوعا لقوله عم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة
على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في
مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان
تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب اخر وهو مكروه ايضا لما روينا
الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من
شعبان فقد قيل يكون متطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح
لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه
وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير
مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رح في قوله يكره على سبيل الابتدا والمراد بقوله صلعم لا تتقدموا
رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق
صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة ايام من اخر الشهر فصاعدا وان افرده
فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعايشة رضي الله عنهما فانهما
كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال
ثم بالافطار نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا
يصومه ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صايما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان
وجد غدا غداء يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان

بصوم

يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب اخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من
رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب اخر لان الجهة لم تثبت
للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان
ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه
لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته
من وجه قال ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عم صوموا لرؤيته و
افطروا لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رح عليه الكفارة
ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد
شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل
ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام
لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة
التي عنده واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة
حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة وتشترط العدالة
لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي رح عدلا او غير عدل ان يكون مستورا و
العلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر
الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة رح انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي رح في احد قوليه يشترط
المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي صلعم قبل شهادة الواحد في رؤية الهلال ثم اذا قبل الامام شهادة
الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رح للاحتياط ولان الفطر لا يثبت
بشهادة الواحد وعن محمد رح انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت
بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة
حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى
يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم
قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف رح خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن
ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه يقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه
الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر
احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة لم يقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين
او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر
الرواية وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة رح انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع
بلحوم الاضاحي وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم من حين

طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود
من الفجر ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب
والجماع نهارا مع النية في الشرع لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال الا انه زيد عليه
النية في الشرع ليتميز بها العبادة عن العادة فاختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين
النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في
حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال واذا اكل الصائم او شرب
او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رح لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في
الصلوة وجه الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا
ثبت هذا في حق الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا
يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطيا او مكرها
فعليه القضاء خلافا للشافعي رح فانه يعتبر بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان
النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوات فان نام فاحتلم
لم يفطر لقوله صلعم ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه
وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امراة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني
بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه
ليس بين العينين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء
البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة
لان الحكم هناك ادير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى ولو انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء
دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما
الكفارة فيفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه
اي الجماع او الانزال ويكره اذا لم يامن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن اعتبر عينه
وابيح له وان لم يامن اعتبر عاقبته وكره له والشافعي رح اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة
الفاحشة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما تخلو عن الفتنة
ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس انه يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان
كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان
واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما
بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر رح يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد
صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان
والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل فان اخرجه فاخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه كما روي

عن محمد رح ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد صومه ولو مضغها
لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه الكفارة
ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف رح انه يعافه الطبع فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عم من قاء فلا قضاء
عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف
لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد رح لا يفسد لانه لم توجد صورة الفطر وهو الابتلاع
وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر
وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه بالاتفاق لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاده
فكذلك عند ابي يوسف رح لعدم الخروج وعند محمد رح يفسد صومه لوجود الصنع منه في الادخال
وان استقاء عامدا ملء فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم
الصورة وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج
حكما ثم ان عاد لم يفسد صومه عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد
فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه
لعدم المعنى ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل
الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما
ذلك شبع وعن ابي حنيفة رح انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح
انه تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل
خلافا للشافعي رح لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع
على الرجل تجب على المراة وقال الشافعي رح في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل
الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عم من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر
وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل عنها
لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء
والكفارة وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت
وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار
لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امراتي
في نهار رمضان متعمدا فقال عم اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين
فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله ان يؤتى
بعرق من تمر ويروى بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا فقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي المدينة
احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي رح في

قوله تخيير لان مقتضاه الترتيب وعلى ما قلنا في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل
فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفارة
لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر
لقوله عم الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه
لانعدام الصورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدامه معنى وصورة بخلاف ما اذا
دخله الدهن وان داوى جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة رح والذي يصل
هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من
الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف
اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا
ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة رح ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب
الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على
الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ الطعام لصبيها اذا كان لها منه بد لما بينا ولا باس اذا لم تجد منه بدا صيانة
للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل
اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما الا انه
يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب
لما فيه من التشبه بالنساء ولا باس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم
وقد ندب النبي عم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا باس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي
دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل
لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي
لقوله عم خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي رح يكره في العشي لان فيه ازالة الاثر
المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة والاليق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد
لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا والله اعلم

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي رح لا يفطر هو يعتبر
خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك
فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر وقضى جاز لان السفر
لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال
الشافعي رح الفطر افضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان

الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء
لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة
لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي رح فيه خلافا بين ابي حنيفة
وابي يوسف رح وبين محمد رح وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب
في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه
وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان
آخر صام الثاني لانه وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي
حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة
عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي رح فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني
ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب
والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا
كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين قيل معناه لا يطيقونه
ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى
به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار
كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل
ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة
لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ رحمهم الله وكل صلوة
تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عم لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن
احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي رح له انه تبرع بالمؤدى
فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال فاذا وجب المضي وجب
القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة
عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما
قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق
السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء
المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية معدومة عنده وعن ابي يوسف رح
انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليهما القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى
وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما
قالوا لان الكافر ليس من اهل التطوع ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل
الزوال فنوى الصوم اجزأه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان

بصوم لزوال المرخص في وقت النية الا يرى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب
الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان
لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها
منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال
مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية
لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان هذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن
اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التأخير لا في الاسقاط
ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رح هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا
يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا
لزفر رح والشافعي رحمهما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب
ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهي صيرورته مطلوبا على وجه
لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي
والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم
الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا
فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر رح يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك
مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك
بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير
ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة رح وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال
ابو يوسف ومحمد رح اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب
ولابي حنيفة رح ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة او
نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت
الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي رح لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار
اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه
كالمفطر متعمدا او مخطيا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء
والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم واذا
تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو طالع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك
بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض
والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قول عمر رض ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا
يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله صلعم تسحروا فان في السحور بركة

والمستحب تأخيره لقوله عم ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا شك
في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان
الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رح انه اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان
ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد اساء لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه
انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين
لا يزال الا بمثله فلو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية ولو شك في
غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رأيه
انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انه لم تغرب
ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك
يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق الشبهة
وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية وفي رواية عن ابي حنيفة رح انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه
فلا شبهة ووجه الاول ان قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه
ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى
دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذا عند
محمد رح لان قول الرسول صلعم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف رح خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء
بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة
وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة
كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مأول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة فعليها
القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رح لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر ههنا ابلغ لعدم القصد
ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية
فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى وهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي
هما يقولان نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره
وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره ولكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب
وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة
على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته
كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه
ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح يكون نذرا ولو نوى اليمين
فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف رح ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول
على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين

الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعري عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويتأتى في هذا خلاف زفر والشافعي رح للنهي عن الصوم فيها وهو قوله صلعم الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لا يجزيه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبق وجهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله ولا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة المؤدى فيكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة رح انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي صلعم واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رح والنية شرط في سائر العبادات هو يقول الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رح لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد رح اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا يرى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رض لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يصح الا في مسجد تصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه اما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رض كان النبي صلعم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رح الخروج اليها مفسد

لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رح لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب فيكون في معتكفه لان النبي صلعم لم يكن له مأوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج المعتكف الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عم جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شرعنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعم ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف رح لا يدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة الاتصال ووجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا ووصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعم ولله على الناس حج البيت الاية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه صلعم قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة وما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف رح وعن ابي حنيفة رح ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه

الا ان نه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف
وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله صلعم ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق
فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج ولو عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها
موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد
من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفه رح خلافا لهما وقد مر في كتاب
الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفه رح انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد رح
انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه ولا بد
من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا
لانه صلعم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا
يتعاقبان في الركوب لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعن ما لا بد منه
كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن
نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط
الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زايدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد
من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي
عن ابي حنيفه رح وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب لانه صلعم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير
ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم يحج بها او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة مسيرة
ثلثة ايام وقال الشافعي رح يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة
ولنا قوله صلعم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولان بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها
اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة
ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي رح
له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرايض والحج منها حتى لو كان الحج
نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تحج مع كل محرم
الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية
التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها يتوسل به الى اداء الحج
واختلفوا في ان المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما
احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض
فلو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي
غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز للانسان ان يتجاوزها الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات
عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلعم هذه المواقيت لهؤلاء
وفائدة التاقيت المنع من تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي اذا انتهى اليها
على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله صلعم لا يجاوز احد الميقات الا
محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان
داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين
فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه
يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان
يحرم بهما من دويرة اهله هكذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج
مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفه رح انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا
يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز
احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي
العمرة الحل لان النبي صلعم امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عايشة رض ان
يعمرها من التنعيم وهي في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر
واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عم اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر
به الحايض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة ولكن الغسل افضل لان معنى النظافة
فيه اتم ولانه صلعم اختاره ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه صلعم ائتزر وارتدى عند احرامه
ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل
لانه اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رح انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام
وهو قول مالك والشافعي رح لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عايشة رض قالت كنت اطيب
رسول الله صلعم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب
لانه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر رض ان النبي صلعم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وقال
اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة
عادة فيسأل الله تعالى التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداءها عادة متيسر
قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي انه صلعم لبى في دبر صلوته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن
الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية
ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله
ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله
عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا

ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي رح في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث
انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة رضوان الله عليهم كابن عمر وابن مسعود وابي هريرة رض زادوا على
المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى
لان العبادة لا تتأدى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا
يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي رح لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر
كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هكذا هو
المشهور عن اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة
حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث
والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث
الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد حرمة
والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى
لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رض انه اصاب حمار وحش وهو
حلال واصحابه محرمون فقال عم لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه
ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة
ولا قباء ولا خفين الا ان لا يجد النعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي عم نهى ان يلبس
المحرم من هذه الاشياء وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد النعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب
ههنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتي فيما روى هشام عن محمد رحمهما الله
ولا يغطي وجهه ولا رأسه وقال الشافعي رح يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله صلعم احرام الرجل في رأسه
واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا قاله في محرم
توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق
في تغطية الرأس قال ولا يمس طيبا لقوله صلعم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه
ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الآية ولا يقص من لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة
الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله صلعم لا يلبس المحرم ثوبا
مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي رح لا بأس
بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رض
اغتسل وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رح يكره ان يستظل بالفسطاط وما
اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان رض كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس
بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به
لانه استظلال ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رح يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه

لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي
لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس ويكثر من التلبية عقيب الصلوة وكلما علا شرفا او هبط واديا
او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلعم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على
مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله صلعم افضل
الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اسالة الدم قال واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي
ان النبي صلعم كما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا
لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رض يقول اذا لقي البيت
بسم الله والله اكبر ومحمد رح لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة
وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي انه صلعم دخل المسجد
فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله صلعم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر
من جملتها استلام الحجر قال واستلمه وقبله ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي صلعم قبل الحجر
الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت
فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه
ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه صلعم طاف على راحلته واستلم الاركان
بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي صلعم قال ثم اخذ عن
يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عم استلم الحجر ثم اخذ
عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه
الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله صلعم ويجعل طوافه من وراء الحطيم
وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت
لقوله عم في حديث عائشة رض فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي
بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بالكتاب
فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلث الاول
من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان
سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي صلعم وبعده
ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلعم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل
رسول الله صلعم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة
بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات
الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل
على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم

كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر ثم ياتي المقام
فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رح سنة لانعدام دليل الوجوب
ولنا قوله صلعم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلم لما روي ان النبي صلعم
لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام
فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية
وهو سنة وليس بواجب وقال مالك هو واجب لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعم
امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو
دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي صلعم ويرفع يديه ويدعو الله تعم لحاجته لما روي ان النبي عم
صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعم ولان الثناء والصلوة يقدمان
على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت
بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي صلعم
من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو
المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ الى بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى
ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي صلعم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة
وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما سبعة اشواط قال
وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا
وانما يبدأ بالصفا لقوله صلعم ابدأوا بما بدأ الله تعم به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال
الشافعي رح انه ركن لقوله عم ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعم فلا جناح عليه ان يطوف بهما
ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت
الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روى كتب استحبابا كما في قوله تعم كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت
الاية ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه
الصلوة قال عم الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب
هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين
وهي ركعتا الطواف على ما بينا واذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم الناس فيها
الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا و
الثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر
يخطب في ثلثة ايام متواليات اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها
التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية

بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما
طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة
عرفة وصلى بها الفجر ثم راح الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء
بترك الاقتداء برسول الله صلعم ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله
جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل فيها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع
والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس
الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق
وطواف الزيارة يخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلعم وقال مالك يخطب
بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم
المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي
يوسف رح انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي صلعم
لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذن بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع
في الصلوة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل
المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر بن عبد الله ان النبي عم صلاهما باذان
واقامتين ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد
بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته
فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رح لان اشتغاله
بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست
بفريضة ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان
جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رح ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص
ولا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع
للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رح الامام شرط في الصلوتين جميعا
وقال زفر رح في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رح ان التقديم
على خلاف القياس عرفت شرعيته فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج
فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي الاخرى يكتفي بالتقديم
على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب
انصرافهم من الصلوة لان النبي صلعم راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف
الاعظم قال وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله صلعم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة
كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عم وقف على ناقته

وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لان النبي عم وقف كذلك
وقال عم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لانه صلعم كان يدعو يوم عرفة
مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان وردت الآثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها
في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام
لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية
لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال
فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد في الدعاء
فلانه صلعم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة
بعد ساعة وقال مالك رح يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان ولنا
ما روي ان النبي صلعم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فيأتي بها الى آخر
جزء من الاحرام فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا مزدلفة لان النبي عم دفع
بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عم يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان
خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان يقف في مقامه
كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس
به لما روي ان عائشة رض بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت فاذا اتى مزدلفة فالمستحب ان
يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي صلعم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رض ويتحرز في
النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او عن يساره ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا
في الوقوف بعرفة ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر رح باذان و
اقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رض ان النبي عم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء
في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام ولا
يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد
الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي صلعم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى
ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رح لان المغرب متأخرة عن وقتها بخلاف
الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح وعليه اعادتها
ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف رح يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رح انه
اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التأخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي
ان النبي صلعم قال لاسامة في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التأخير
واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا
بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية

ابن مسعود رض ان النبي صلعم صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر
بعرفة ثم وقف ووقف معه الناس ودعا لان النبي صلعم وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس
رضي الله عنه واستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه
بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رح انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية
ولنا ما روي ان النبي صلعم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو
ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله صلعم من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك
من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف
او علة او كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا
من قبل واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا منى قال رض هكذا وقع في بعض نسخ
المختصر وهذا غلط والصحيح انه اذا اسفر افاض الامام والناس معه لان النبي صلعم دفع قبل طلوع الشمس
قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم
يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز
لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما
حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود رض
وابن عمر رضي الله عنهما ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي
صلعم لم يقف عندها ويقطع التلبية عند اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود وروى جابر رض ان النبي صلعم
قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى و
يستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن
ابي حنيفة رح لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة
السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما
لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات
جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان
ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي و
يجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رح لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما
يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر
لما روي عن رسول الله صلعم انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب
التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح
وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل من التقصير
لقوله صلعم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي

التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفى في الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل
اولى اقتداء برسول الله صلعم والتقصير ان يأخذ من رؤس شعره مقدار الانملة وقد حل له كل شيء الا النساء
وقال مالك رح الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عم فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم
على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رح لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام
الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون
بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف
لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت
طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي ان النبي صلعم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى
الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا
فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة و
الطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين
الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل
في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي
ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا وقد حل له النساء
ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في
الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف
يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رح
وسنبينه ان شاء الله تعالى في باب الجنايات ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي صلعم رجع اليها كما روينا
ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبدأ
بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك
ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رض فيما نقل من نسك رسول الله
مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر و
يصلي على النبي عم ويدعو الله بحاجته ويرفع يديه لقوله صلعم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من
جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان
النبي عم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط
العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة
في يوم النحر ايضا واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر الى
مكة وان اراد ان يقيم رمى الثلث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن
تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عم صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله

ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم
الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان
وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه
مروي عن ابن عباس رض ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلان يظهر في جوازه في الاوقات
كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه
لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من طلوع الفجر وقال الشافعي رح
اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي صلعم رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله صلعم لا ترموا جمرة العقبة
الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتأويل ما روى
الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي مرتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة
ثم عند ابي حنيفة رح يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله صلعم ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل
اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رح انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان
اخره الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم
عند ابي حنيفة رح لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال وان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي
بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا
فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رح ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي
الرمي لان النبي صلعم بات بمنى وعمر رض كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء
عندنا خلافا للشافعي لانه وجب عليه ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر
ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لان عمر رض كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل
قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله صلعم وكان نزوله
قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه صلعم قال لاصحابه انا نازلون غدا بخيف
بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزول به اراءة
للمشركين لطيف صنع الله تعالى فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل
فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف اخر عهده بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب
عندنا خلافا للشافعي رح لقوله عم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض
الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما
قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي عم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو
في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه
عليه ويتشبث بالاستار ساعة يدعو الله ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عم فعل بالملتزم ذلك قالوا
وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا

بيان تمام الحج

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف فيها على ما بينا سقط عنه
طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه ساير الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك
الوجه سنة ولا شي عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال
الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج واول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان
النبي عم وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال عم من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته
عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك رح ان كان يقول بان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع
الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه صلعم ذكره بكلمة
او فانه قال الحج عرفة من وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رح لا يجزيه
الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نايما او مغمى عليه او لا يعلم
انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم
بخلاف الصلوة لانها لا تصح مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه
رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز فلو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المامور عنه
صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا
لانه لم يصرح بالاذن والدلالة لا تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام
بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عنه
بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار
عليه والمراة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل غير انها لا تكشف راسها لانها عورة وتكشف وجهها
لقوله صلعم احرام المراة في وجهها ولو اسدلت شيا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عايشة رض ولانه
بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل
بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عم نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في
حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم
الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا
او نذرا او جزاء صيد او شيا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عم من قلد بدنة فقد احرم ولان
سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة
قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصايص الاحرام وصفة التقليد
ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما
لما روي عن عايشة رض انها قالت كنت افتل قلايد هدي رسول الله صلعم فبعث بها واقام في اهله حلالا
فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا
مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصايص

الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه ومعناه اذا نوى الاحرام
وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا
من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم
يصل الى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل وان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم
يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصايص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة
فلا يكون من النسك في شي وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه مختص بالهدي
وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رح من الابل خاصة لقوله
صلعم في حديث الجمعة والمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة
تنبي عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية
في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال
الشافعي رح افراد افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة
الاية ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رح قوله عم القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق
ولنا قوله عم يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة
في سبيل الله مع صلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يرجح بما
ذكره والمقصد بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن
لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل
الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف
بيننا وبين الشافعي رح بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا
واحدا وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة
فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشي بالشي اذا جمعت بينهما
وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قايم ومتى عزم
على ادايهما يسال الله تعالى التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذا يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدا
بافعال العمرة فكذلك يبدا بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع فلو نوى
بقلبه ولم يذكرهما بلسانه في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة واذا دخل مكة ابتدا فطاف بالبيت سبعة اشواط
يرمل في الثلثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدا بافعال الحج فيطوف
طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران
في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد و
يتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رح يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا
واحدا لقوله صلعم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفي فيه بتلبية واحدة

وتسعة واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له
عمر رض هديت لسنة نبيك صلعم ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال
ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد
بخلاف الاركان الا يرى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة
في وقت الحج فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير
سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فلان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم
عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل آخر
لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة
فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر
ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز
سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا
رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان
ورد في التمتع فالقران مثله لانه مترفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا تصلح ظرفا
الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي
فيستحب تاخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد
مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رح لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي
المقام فحينئذ يجوز لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان
الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رح يصوم
بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك رح يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام
في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا
يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه
بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رض انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان
دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي وان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف
لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا
بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة رح ايضا والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه
اليها ان الامر هناك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا
وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يرتفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها
فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة رح ان الافراد
افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه

القران

القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة بينهما لانها تبع للحج كتخلل
السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع
الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء
الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او
يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرناه هكذا فعل رسول الله صلعم
في عمرة القضاء وقال مالك رح لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما رويناه وقوله تعالى محلقين
رؤسكم ومقصرين الاية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع
التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك رح كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا
ان النبي عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا
يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد
والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم لما بينا
وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له
في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم
يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد
صام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر
لم يجزه عن الثلثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا
يجوز اداؤه قبل وجود سببه وان صامها بعد احرام العمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رح لقوله
تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداء بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما
بينا والافضل تاخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم
وساق هديه وهذا افضل لان النبي عم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت
بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رض على ما رويناه والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في كتاب الله
تعالى ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق
والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه صلعم احرم من ذي الحليفة
وهداياه تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها واشعر البدنة عند ابي يوسف
ومحمد رح ولا يشعر عند ابي حنيفة رح ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن
في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عم طعن في الجانب الايسر مقصودا وفي
الجانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رح وعندهما حسن و
عند الشافعي رح سنة لانه مروي عن النبي صلعم وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج
اذا ورد ماء او كلاء او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه

جهة كونه مثلة قلنا الحسنه ولابي حنيفة رح انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم
واشعار النبي عم لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رح انما كره اشعار
اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال واذا دخل مكة طاف
وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله صلعم لو استقبلت
من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم
بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو
افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه
دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة
فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي رح والحجة عليه قوله تعالى
ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الافاقي
ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له تمتع ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة و
قرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الافاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة
ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا
روي عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع
لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بالعمرة وساق الهدي حيث
لم يكن متمتعا لان العود هنالك غير مستحق عليه فيصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج وطاف
لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح
تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فان طاف لعمرته قبل
الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار
بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك رح يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة
عليه ما ذكرناه ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج
واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن زبير رض ولان
الحج يفوت بمضي عشر من ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج
اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي
فان عنده يصير محرما بالعمرة لان الاحرام ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على
الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان واذا قدم
الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول
فلانه ترفق بنسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رح

وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان
السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ
منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة رح وقالا هو
متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله
ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول
وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون
متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر
في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط
دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة
لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما
يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رض حين حاضت بسرف ولان الطواف في
المسجد والوقوف في مفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا وان حاضت بعد الوقوف
وبعد طواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شي عليها لترك طواف الصدر لانه عم رخص للنساء الحيض في
ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما
حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة رح ويرويه البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط
بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم
فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك
لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو
فعليه صدقة لقصور الجناية وقال محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب
ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى
بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير
مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف فان خضب راسه بحناء
فعليه دم لانه طيب قال عم الحناء طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب راسه
بالوسمة لا شي عليه لانه ليس بطيب وعن ابي يوسف انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه
الجزاء باعتبار انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على ذكر الراس في الجامع الصغير
دل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه صدقة وقال الشافعي رح
ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شي عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة
الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب ولا يخلو
عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فيتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه

مطعوما لا يبالي فيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق
وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه
او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على
وجه الطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه
دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول
ابي حنيفة رح اولا وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا
ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس
فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف رح اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى
بالقميص او اتشح به او ائتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل
يديه في الكمين خلافا لزفر رح لانه ما لبس لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الراس من
حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف في انه اذا غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض
راسه فالمروي عن ابي حنيفة رح انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود
يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رح انه اعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته
فصاعدا فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح
يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق ربع الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل الجناية
وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض
العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم
لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق هاهنا وفي الاصل
النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر
والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ
من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا الماخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام
بحسب ذلك حتى لو كان مثل ربع الربع مثلا يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو
السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص شاربه حتى يوازي الاطار فان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي
حنيفة رح وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا
ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رح ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به
وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى
المحلوق دم وقال الشافعي رح لا يجب شيء اذا كان بغير امره بان كان نائما او اكره عليه لان من اصله ان الاكراه يخرج
المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي الماثم دون الحكم وقد
تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية

وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في
حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق راسه واما الحالق فيلزمه الصدقة في
مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم راس حلال له ان معنى الارتفاق
لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه
الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب
حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث غيره وان
كان اقل من التاذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات
لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد
على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رح لان مبناها
على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل
باتحاد المجلس كما في آية السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص
اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر رح يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول
ابي حنيفة رح الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلثة اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير
كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا
يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد رح عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان
كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتاذى به ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد
على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من
خمسة متفرقة الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء عليه
لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او حلق او لبس من عذر فهو مخير ان شاء
ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى
ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلعم بما ذكرنا والآية نزلت في
المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك
فيختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان
فيتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف رح اعتبارا
بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور في الآية
وان نظر الى فرج امراة بشهوة فامنى فلا شيء عليه لان المحرم عليه الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى وان قبل
او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل

ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رح انه انما يفسد احرامه في جميع ذلك
اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج متعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس
بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظور
الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج

وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي الذي لم يفسد حجه
والاصل فيه ما روي ان النبي عم سئل عمن واقع امراته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في
حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقال الشافعي رح تجب بدنة
اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب عليه ولا يجب عليه
الا لاستدراك المصلحة الفائتة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم
سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رح ان في غير القبل منهما لا يفسده لتقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان

وليس عليه ان يفارق امراته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما ولزفر رح اذا احرما
وللشافعي رح اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لانهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان
ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما
يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن

جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رح فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله صلعم من وقف
بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رض او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه

وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية
فاكتفى بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة
وان جامع بعد ما طاف لها اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي رح تفسد
في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه فيجب
الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رح جماع
الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع
الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه
العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة الصلوة بخلاف الصوم

ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله صلعم الطواف صلوة الا ان
الله تعالى اباح فيه المنطق فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعم وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة
فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه تجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب
فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا
لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعم وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف

طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا
فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رض ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت
وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه
وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان
بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طاف محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان
بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طاف جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته
وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة رح بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد
طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كبير فيؤمر بالعود استدراكا له لما فاته من المصلحة ويعود باحرام جديد
ان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طاف محدثا ان عاد
وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة
اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف

ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا ولا بد من اظهار التفاوت
وعن ابي حنيفة رح انه تجب شاة الا ان الاول اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كبير ثم هو دون طواف
الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك
الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة ولو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود ويبعث شاة لما
بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك
طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة
اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة ومن طاف طواف الواجب في
جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور
حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة
اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك
وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعل
سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا
تجزئه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم
فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رح وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم
ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب
فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا
لطواف الصدر مؤخرا الطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر
على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته

وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث وأما السعي فلأنه تبع للطواف فإذا أعادهما فلا شيء عليه لارتفاع النقصان وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه الدم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لأنه أتى به على إثر طواف معتد به وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لأن السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن أفاض من عرفات قبل الإمام فعليه دم وقال الشافعي رح لا شيء عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الإطالة شيء ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة لقوله صلعم فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما إذا وقف ليلا لأن استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لأن المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لأنه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لأن الجنس متحد كما في الحلق والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لأنه لم يعرف قربة إلا فيها وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة رح خلافا لهما وإن ترك رمي يوم واحد فعليه دم لأنه نسك تام ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث فعليه صدقة لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا إذا ترك الأكثر منها وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص ما شاء لأن المتروك هو الأقل فتكفيه الصدقة ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة رح وكذا إذا أخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما أن ما فات يستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رض قال من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه الدم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف لا شيء عليه قال رض ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والأصح أنه على الاختلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لأن النبي صلعم وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما أن الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فإنه من واجباتها وإن كان محللا وإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رح وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر رح يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق

والتقصير والحلق في العمرة غير موقت به بخلاف المكان لأنه موقت به قال فإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رح دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا

فصل

اعلم أن صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة واستثنى رسول الله صلعم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فإنها مبتدئات بالأذى والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن أبي يوسف رح وإذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء أما الجزاء للقتل فلقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل الآية نص على إيجاب الجزاء وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء معلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رض وقال عطاء أجمع الناس على أن على الدال الجزاء ولأن الدلالة من محظورات الإحرام وأنه تفويت الأمن على الصيد إذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالإتلاف ولأن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لأنه لا التزام من جهته على أن فيه الجزاء على ما روي عن أبي يوسف رح وزفر رح والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك الناسي والعامد لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف فأشبه غرامات الأموال والمبتدئ والعائد سواء لأن الموجب لا يختلف والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح أن يقوم الصيد في المكان الذي قتله فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية فيقومه ذوا عدل وهو مخير في الفداء إن شاء ابتاع بها هديا فذبحه إن بلغت قيمته هديا وإن شاء اشترى بها طعاما وتصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير وإن شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي رح يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن القيمة لا تكون نعما والصحابة رضوان الله عليهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والأرنب على ما بينا وقال صلعم الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد رح تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وما أشبههما وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رح يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يعب ويهدر ولأبي حنيفة وأبي يوسف رح أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكونه مرادا بالإجماع أو لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله أعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والأهلي هكذا قاله أبو عبيدة والأصمعي

والمراد بما روي دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي رح الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما
ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رح لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه
فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رح قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر الهدي
منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما
قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن
فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان
في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر
اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط
كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة
ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي رح هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن
نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل مكان وزمان والصوم
يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه
وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان
مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي رح يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضوان الله عليهم
اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق
واذا وقع الاختيار على الاطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته وعند الشافعي رح
يقوم النظير واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او
شعير ولا يجوز ان يطعم لكل مسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في
الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما
لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود
في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا
وان شاء تصدق به لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين
يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقص
اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج عن حيز الامتناع
فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه
قيمته وهذا مروي عن علي رض وابن عباس رض ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلته
احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى
البيض لان حيوة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه

سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما
وليس في قتل الغراب والحداءة والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عم خمس
من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقال عم يقتل المحرم
الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي
ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدي بالاذى واما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدي بالاذى
وعن ابي حنيفة رح ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمستوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك
الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتديان
بالاذى وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن
ثم هي موذية بطباعها والمراد بالنمل السوداء والصفراء التي تؤذي وما لا تؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب
الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من الطعام لانها متولدة من التفث الذي على
البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة
وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لم يمكن اخذه الا
بحيلة ويقصده بالاخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رض تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في قتل السلحفاة
لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم
يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من
الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي رح لا يجب الجزاء
لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا
ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق
ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال
زفر يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عم الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان
الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على
المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر رح يجب عليه اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رض انه قتل سبعا واهدى كبشا
وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من
الاذى كما في الفواسق الخمس فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب
الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله
فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقر
والبعير والدجاج والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي
يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك رح له انه
الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان

بطئ النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ضبيا مستانسا لانه صيد في الاصل فلا يبطله
الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة
لا يحل اكلها وقال الشافعي رح يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل
مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام الميز بين
الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة
وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه
باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة رح ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكر
وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة
فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافا الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه
ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل عليه المحرم ولا امره بصيده خلافا لمالك
فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله صلعم لا باس بان ياكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصاد له ولنا ما روي
ان الصحابة رضوان الله عليهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عم لا باس به واللام فيما روي لام تمليك
فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرطه عدم الدلالة وهذا تنصيص على
ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه
الحلال فعليه يتصدق بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم وقال صلعم في حديث فيه طول
ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانه غرامة وليس بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت
وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو
احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم و
الفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان
في يده خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم
وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان
قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت
الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص
صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي رح عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان
في يده ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها
وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته
لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك
وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يد
غيره يضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله

انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه
في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان
متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم صيدا فارسله من يد غيره لا ضمان عليه بالاتفاق
لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعم وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار
كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد بتفويت الامن
والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الاخذ
على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الاخذ مواخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان
عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان
قطع حشيش الحرم او شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما
تثبت بسبب الحرم قال عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة
تناولهما بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها
ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس
الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله تعم والذي ينبته الناس
عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم على ما ذكرنا والنسبة اليه على الكمال
عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت
في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما
جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف لا باس
بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل
وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلعم فيجوز قطعه ورعيه
وبخلاف الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه
دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رح دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين
وقد مر من قبل الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او بالحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان المستحق
عليه عند الميقات احرام واحد وبتاخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في
قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد
الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل
لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة
واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد بتفويت الامن وبيعه بعد ما قتله بيع
ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج
من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مامنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فاذا ادى

جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة فطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رح لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات قبل الغروب ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه على تمام غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي في عوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك [illegible] بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزاه من دخوله مكة بغير احرام وقال زفر لا يجوز وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاها محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا بالاحرام مقصودا كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الميقات بغير احرام فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه الدم وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم بغيره من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الافاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الافاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رح اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رح وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنه والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الافاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الحلق لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن احرم بحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل وان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكره ولهذا يلزمه رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا فان مضى عليها اجزاه فان رفضها لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا

دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال
الفقيه ابو جعفر رح ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل
بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ياتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا
بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين فان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما
فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه والله اعلم

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض يمنعه من المضي جاز له
التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال
ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار
بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه
مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه ليوم بعينه يذبح فيه
ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا
يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي
اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا ان
المراعى اصل التخفيف لا نهايته وتجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي وادناه الشاة وتجزيه البقرة والبدنة
او سبعهما كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى
يشتري بها الشاة هناك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان
محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي
عليه السلام واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل
عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما
شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز الذبح للمحصر بالعمرة ان يذبح متى شاء اعتبارا بهدي المتعة
والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رح انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل
منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف
الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف بعرفة ينتهي به والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة
هكذا روي عن ابن عباس رض ولان الحجة تجب قضاء لصحة الشروع فيه والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى
المحصر بالعمرة القضاء لان الاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رح لا يتحقق لانها لا يتوقت ولنا ان النبي
عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام
العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما

فلما بينا واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم
بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود
من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي
لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف فاذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه
لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل بعمرة للعجز عن الاصل فان كان يدرك الحج دون الهدي
جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم
النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة رح وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم
توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر رح انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل
وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل
مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه ينبغي ان
يضمن المبعوث على يديه بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في
ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو الافضل لانه
اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو
ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما
فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد
قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر
فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه
لقوله عم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي
ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج
فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر
فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر
وايام التشريق لما روي عن عائشة انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت
متعينة له وعن ابي يوسف لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر
من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم
امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رح فريضة لقوله عم العمرة فريضة كفريضة
الحج ولنا قوله عم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه
امارة النفلية وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار قال
وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله اعلم

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل
السنة والجماعة لما روي عن النبي عم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله
تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة
كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل
النايب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث
عند العجز للمعنى الثاني وهي المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم
الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عم قال فحجي عن ابيك
واعتمري وعن محمد رح ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق
مقامه كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان بان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج
ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج
له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما
بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما
فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة
ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى
على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه
مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء
لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال
لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على
الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا فان امره غيره بان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب
شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه
المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد رح ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان
يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم
عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال
الميت عندهما خلافا لابي يوسف رح ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل هو من
جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار
ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث
لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول المقصود

الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا
عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي
حنيفة رح وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور
قول ابي حنيفة رح واما عند محمد رح يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا
بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رح يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ
الوصية ولابي حنيفة رح ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم
ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني
فوجه قول ابي حنيفة رح وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عم اذا مات
ابن آدم انقطع عمله الا الثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد
الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تع ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله
الآية وقال عم من مات في طريق الحج كتبت له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك
المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المامور بالحج قال ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه
ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته
قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل والله الموفق

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عم سئل عن الهدي فقال ادناه شاة
قال وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عم لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر
والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا
الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جايزة في
كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد
بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة
الاضاحي وقد صح ان النبي صلعم اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب
ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي
صلعم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيا
ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال رح وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم
النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق
بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم
فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تع فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء
التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيتخصص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت
شاء وقال الشافعي رح لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد منهما دم جبر عنده

ولنا ان هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر ولانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع
النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى
في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه
الحرم قال عم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي
لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل
الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه موقت بيوم النحر فعسى
لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات
لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق به الستر قال والافضل في البدن النحر و
في البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال الله تعالى ان تذبحوا بقرة وقال
وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي صلعم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر
الابل في الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي انه عم نحر
الهدايا قياما واصحابه رض كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان
في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه
اذا كان يحسن ذلك لما روي ان النبي عم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى
الباقي عليا رض ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي
لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عم
لعلي رض تصدق بجلالها وبخطامها ولا تعط اجرة الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها
وان استغنى عن ذلك منها لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها
الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبه لما روي عن النبي عم انه راى رجلا يسوق بدنة فقال
اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك
وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى
ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا
يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب
فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان واجبا فعليه ان يقيم
غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى به
الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان
تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل منها هو ولا غيره من الاغنياء بذلك
امر رسول الله صلعم ناجية الاسلمي والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل
منه الفقراء دون الاغنياء ولان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا

ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة
اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع
والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات
لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا تقلد
الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم مسائل منثورة اهل عرفة اذا وقفوا
في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية
وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا تقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت
على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه
بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند
الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة
ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج
الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف
في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة
ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه
لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رح لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار
كما اذا سعى قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز
بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق
به البداية قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره
بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك
الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوف ثم قيل يبتدي المشي
من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل فيه نقصا قالوا انما
يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب
ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان
هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد
كان للبائع ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في
حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري وان كان
له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رح يتمكن لانه ممنوع من غشيانها وذكر في بعض النسخ
او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او قلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها
بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين
يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد
بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل
بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ التزويج والنكاح والهبة والتمليك
والصدقة وقال الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه
لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب
لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع
هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد
نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا
او غير عدول او محدودين في القذف قال رحمه الله اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عم لا نكاح الا
بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهود ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا
شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام
في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين
وفيه خلاف الشافعي رح وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة
الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من
اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه فكذا لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل
الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين
قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يجوز
لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت
في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في
لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة
شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما
جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا
وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته
البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
الآية والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة وثبتت حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت

ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه
الآية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة
ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل
بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج
الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم قال ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة
لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا
يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله
واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله
مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة
للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة
ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست بموطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى
ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى
التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت
الاولوية للجهل بالاولوية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحق
قال ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على
خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين
لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح
محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة
زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لم يجز له
ان يتزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك
من كل جانب وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وابنته قال ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها و
ابنتها وقال الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية
بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذا على العكس
والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد ومن مسته
امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره
الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم
والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان النظر والمس سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع

الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الالة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق
ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض
الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في الدبر قال واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يتزوج باختها حتى تنقضي
عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع
ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاول قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش
والقاطع يتأخر عمله ولهذا بقي القيد ولا يجد على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك
قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها
لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة
قال ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية
الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج
الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على
ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رح لا يجوز
وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عم تزوج ميمونة
وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح لا يجوز للحر
ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت
الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن
تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عم
لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضا الحرة
ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد
دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات
اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما
لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة
باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها قال
وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من
النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة
واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز
للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك رح يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذنه

المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا
بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال
فان تزوج حبلى من الزنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل
وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي
ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح
فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب
ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير
لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال ومن وطئ جاريته ثم زوجها لرجل جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها
فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح
فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب ان يطأها حتى يستبرئها لانه
احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء
لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل
ان يستبرئها عندهما وقال محمد رح لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل
وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان
يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم وابن عباس صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع و
النكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان
النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا
طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امراتين في عقدة
واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف
ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي
تحل عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثلهما وهي مسئلة الاصل قال ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها
فاقامت على ذلك بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه ان يجامعها وهذا
عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول
الشافعي رح لان القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رح ان
الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر
واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان
في الاسباب تزاحما فلا امكان

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة
البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في ظاهر الرواية وعن

في فتاوى النسفي شفعوي المذهب اذا زوجت نفسها من حنفي بغير اذن وليها والولي كاره لذلك صح النكاح
وكذا لو زوجت من شفعوي المذهب وسئلنا اجبنا انه صحيح ولو كان السؤال ما جواب الشافعي يجب ان يقال لا يصح
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ... المرأة اذا جاءت الى رجل وقالت اني اريد ان اتزوج وليس لي ولي قال بعضهم لا لان
محمدا رجع الى قول ابي حنيفة ... ولو جاءت الى القاضي ليزوجها فان عند ابي حنيفة النكاح بغير اذن الولي جائز
سواء كان بكرا او ثيبا ... ينبغي ان يفتي بقول ابي حنيفة ... وما ذكر محمد رحمه الله تعالى فانه قال في الاصل ولو [illegible]
لا الفرق بينهما ... وفي المحيط في فوائد المنتقى بنجارا ان القاضي اذا زوج الصغيرة من نفسه فهو نكاح
... وروي عن محمد رجوعه الى قول ابي حنيفة رحمهما الله تعالى

ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح بعبارة
النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن يخل بها الا ان محمدا رح يقول يرتفع الخلل باجازة
الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في
مالها ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق
بين الكفو وغير الكفو لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز من غير
الكفو لان كم من واقع لا يدفع ويروى رجوع محمد رح الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح
خلافا للشافعي رح له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب
صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها
وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها
دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال واذا استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عم البكر تستأمر في
نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك
ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت
لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال فان فعل ذلك غير الولي يعني استأمر او ولي غيره اولى منه
لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل
والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه
ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية
المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة
في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان
رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر وان استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور
ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة
او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة
والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة وحكما لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة
والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى
بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث
علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك
النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض
فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة
تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان

عنست الجارية كسمع ونصر وضرب عنوسا وعناسا طال مكثها في اهلها بعد ادراكها قاموس

احكام السكوت

قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ان اصحابنا جعلوا السكوت رضا في مسائل متعددة احدها البكر اذا استأمرها الولي في التزويج الثاني
اذا قبض الاب او الجد مهر البكر فسكتت كان سكوتها رضا ... الثالثة ... الرابعة ... الخامسة ... السادسة ... السابعة ... الثامنة ... التاسعة ... العاشرة [illegible]

اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة
اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في
غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة عند انعدام
الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس
لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في
حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد
قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اولى ولنا ان القرابة
داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال
لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا يفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في
المسألة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا
من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد
كلامنا فيما تقدم قوله عم الانكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب
في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما
كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد
فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية
لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ
ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء ثم عندهما
اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط
العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار في حق الحرة
لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها
فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم
انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ
في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل
فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس
كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف
المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات

تزويج الوصي او الحاكم

[illegible]

لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء لان تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ذكره في التجنيس معللا لعلامة غريب الرواية للسيد الامام ابي شجاع والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه وكذا اذا باع مال يتيمه من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والوجه ما ذكرنا بخلاف الوصي منصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضي
م فتح القدير

بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمه موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا يقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث قال ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف رح في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد رح لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة قال ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه اخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رح لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد قال والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رح الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف رح الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه من امور الاخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا قول ابي يوسف ومحمد رح وعن ابي حنيفة رح في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رح انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الاخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رح وهذا عند ابي حنيفة رح ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع

تفصيل حسن في الزيادة على المهر

الزيادة في المهر صحيحة حال قيام النكاح عند علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى خلافا لزفر وفي المضمرات وقال زفر واث فعي لا تلحق الزيادة بالعقد والخلاف فيه نظير الخلاف في الزيادة في الثمن وذكر ابو سليمان عن ابي يوسف ان الزيادة في المهر جائزة عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف لا تجوز وفي فتاوى الشيخ ابو الليث ان الزيادة في المهر بعد هبة المهر صحيحة وفي اكراه شيخ الاسلام ان الزيادة بعد الفرقة باطلة بهذا روى بشر عن ابي يوسف وصورة ما روى بشر اذا طلق امرأته ثلثا قبل الدخول بها او بعده ثم زاد في المهر لم تصح وكذلك اذا انقضت عدة المطلقة طلاقا رجعيا ثم زاد في المهر بعد ذلك لا تصح وفي الخانية رجل طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم راجعها وقال لها زدت في مهرك لم تصح لانها مجهولة ولو قال راجعتك بمهر الف درهم ان قبلت جاز والا فلا وفي الظهيرية وهل يشترط القبول الاصح انه يشترط وفي القدوري ان الزيادة في المهر بعد موت المرأة جائزة عند ابي حنيفة وعندهما لا تجوز

لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا لان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال الآخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت المرأة نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل الخلاف ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عم لا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها

ذكر الامام ابو بكر محمد بن الفضل في الفتاوى ان للاب ان يخاصم عن ابنته البالغة البكر بغير وكالتها في غير مهرها كما له ذلك في مهرها كذا في القاعدية وفي العتابية وانما يكون للاب الخصومة في مهر ابنته البكر البالغة اذا كان الزوج مقرا بالنكاح والمهر اما اذا جحد احدهما فلا خصومة له الا ان يكون وكيلا عنها بالخصومة

قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها زوجها وقال الشافعي رح لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رح والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه تعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول والخلوة بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رح وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رح اولا يتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رح لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع فان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رح ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا واستحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال

وفي التزكية اذا تزوج احدهم امراة يجلسون بها ويوقفونها بين يدي الجماعة والنسوان ويحلون منها ومن الجماعة ستر او رسولون
بينها وبين الجماعة رسولا ويستوهبون منها صداقها للزوج قبل الدخول وهي استحيا منهم وهبت صداقها مثل هذه الصورة
قبل قبض الصداق وقبل الدخول بها بل بعد تلك الهبة في جميعها او تبطل في جميعها او تنعقد في نصف صداقها من حيث لا تملك
الكل الا بعد الدخول الجواب انه تصح تلك الهبة وابراء الزوج عن جميع الصداق
و واقعات العتابي

وهبت لزوجها جميع ملكها لانه دخل المهر فيها
بر القنية

وهبت مهرها من زوجها في مرض موتها ومات الزوج في مرض موتها قبلها فلا دعوى لها لصحة الابراء ما لم تمت فاذا ماتت منه فلورثتها دعوى مهرها
بر القنية

وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال الزوج بل في الصحة فالقول لمن اي للزوج والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحادث يضاف الى اقرب الاوقات وجه الاستحسان انهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الا انه

لا يحاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان
كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتجب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي
طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من
الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة
والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب
العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في ذلك
الايحاش فلا يلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه المتزوج بنته او اخته
ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رح بطل
العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحا ولا اشتراك في هذا فبطل الايجاب ولنا انه سمى
ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج
حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رح لها قيمة خدمته وان تزوج عبد
امراة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في
الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها
على خدمة حر آخر او على رعي الزوج الحر غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا
المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر
لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف
خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وبامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام
بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رح تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال
الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح يجب مهر
المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه يبقى الحكم
على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة
لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان
المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر
لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما
استحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود
ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع
واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان
هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رح ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق

اذا وهبت المهر حال المرض لا تصح بالاتفاق
خزانة

٦٣

بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا يرى ان الزيادة فيه لا تلتحق
حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف
المقبوض ولو كانت تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبضه فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء
وفي القياس وهو قول زفر رح يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه
الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر
مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان
او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير
كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى
فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها
لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف
ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد
على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جميعا جائزان حتى
كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رح الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها
لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته
غدا فلك نصف درهم وسنبينها ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما اوكس والآخر
ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما
فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف
الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل
متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رح ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول
عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل
الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة
والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة
وان تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك
وان شاء اعطاها قيمته قال رحمه الله معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها
على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح
يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد
معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية
والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على
الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف

بلا عوض

واذا زوج ابنه الصغيرة من رجل فذكر انه لا يشرب الخمر فوجده شريبا فكبرت البنت فقالت لا ارضى واب البنت لا يشرب واهل بيته على الصلاح تفرق بينهما والنكاح الفاسد اذا لم يكن فيه مسيس او نظر لا يحرم امها ولا ابنتها ولا يمنع من تزوج احدهما وان لم يكن فرق بينهما وكذلك جاز للمراة ان تتزوج بآخر قبل التفريق وهذا اكله قبل المسيس ولكل واحد من الزوجين فسخ النكاح الفاسد بغير محضر من صاحبه ان لم يدخل بها فان دخل فبمحضر منهما

البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح يجب القيمة لابي يوسف رح انه اطمعها حيث سمى لها مالا وعجز عن تسليمه فيجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا تزوج على عبد وهلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول لما اجتمعت الاشارة والتسمية فيعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رح يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انه تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا العبد الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين تجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول بها فلا مهر لها لان المهر لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رح وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر المثل يعتبر باخواتها وعماتها

وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان يتساوى المراتان في السن والجمال والمال والدين والعقل والبلد والعصر والعفة لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المراة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذا لك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا يرى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمراة ان تمنع نفسها من زوجها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطاة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم فلا يعرى عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى جناية اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف رح ان المراة تدعي الزيادة والزوج منكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح فصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر هاهنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا

رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه تحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة
بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة
لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون
فيفيد التحكيم والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما
فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل
فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه
الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني تقبل بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها
الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي يتحالفان في الفصول
الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما
وعنده لتعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في
حال حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول
قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثني القليل وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان
كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما
على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك
من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتها المهر في الوجهين
معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى صار دينا في ذمته وقد تأكدت
بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان
مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رح ان موتهما يدل على
انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر
فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في
الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيا للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير
فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها
قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رح وهو
قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول
بها وقال زفر رح لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع
وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام والشرع وولاية الالزام
منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا
وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رح ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما

يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد
الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا
مستثنى عن عقودهم لقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل
السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير
ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما
فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال
محمد رح لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب
الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحق حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول
لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه
امتنع التسليم للاسلام فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق
المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام
كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك
التصرف انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم
فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام
تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب
القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة
الا باذن مولاهما وقال مالك رح يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عم ايما عبد تزوج بغير
اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما
وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب
تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى
وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر
دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبته لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن
من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر
ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما
واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا
العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال
طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة ومن
قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ
منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما

يصرف الى الجائز لا غير فلا يكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح
في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض
المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح
الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي ومسئلة اليمين ممنوعة على هذا الطريق
ومن زوج عبدا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل وجه
ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح
النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها
اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها
وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا
فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك
فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح قال رحمه الله ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع
الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان
النكاح من خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة
لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي
هو سبب الهلاك او النقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا
فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها اي لمولاها عند ابي حنيفة رح وقالا
عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله وصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه
منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب
القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره
بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه
موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة
فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف ومحمد رح ان الاذن لها لان الوطي حقها حتى يثبت لها
ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر
رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة وان تزوجت
امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عم لبريرة حين عتقت ملكت بضعك
فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رح يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا
وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد
دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر رح لا خيار لها لان العقد
نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد

الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت
صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق
زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها
ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى
منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية
ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا
واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب
ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جارية ابنه للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة
الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل
الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج فلا بد من
تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمه الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك
حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اباه فولدت
منه لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه يصح التزوج عندنا خلافا للشافعي رح لخلوها
عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذلك يملك من التصرفات
ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه
مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه
بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف
ففعل فسد النكاح وقال زفر رح لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة
يخرج عن العهدة وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما
لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء
اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله
اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني
ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هذا والاول سواء
لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم
عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف
البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء ليوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك
في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر رح النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض
لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني

وان وطئ الاب امة ابنه فولدت الامة فادعى الاب الولد ثبت نسبه وهي ام ولده واذا ملكها وجب قيمتها عليه لا مهرها ولا قيمة الولد لانه ولد حر ... الاب والجد الصحيح كالاب بعد انقطاع ولاية الاب باحد المعاني ...

كما قال زفر رح له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا
ترافعوا واسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها وكانوا ملتزمين لها وحرمة
النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها
حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت
تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا
العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه او بنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم
له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح
الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة
احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده
واما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما
كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل
والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة
الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد
على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان
احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية
شر والشافعي رح يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام
فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف
لا تكون طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا
بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد
فيتاجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة والاسلام طاعة
لا تصلح سببا فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان
الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك
بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست اهلا
للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده بالدخول
وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة
في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من
زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة
دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير

المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان
كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على
نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة
بينهما وقال الشافعي رح لا يقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي رح
وقعت فالحاصل ان السبب عندنا هو التباين لا السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك
لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح
ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي
يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله
وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم يتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة
جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام
فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رح انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي
ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها
الزوج حتى تضع كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع
من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء
والجامع ما بيناه وابو يوسف رح مر على ما اصلناه في الاباء وابو حنيفة رح فرق ووجهه ان الردة منافية
للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك
بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان
الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل
بها وان لم يدخل فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا
وقال زفر رح يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا
ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو
اسلم احدهما بعد الارتداد قبل الآخر فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها والله اعلم

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما
في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي عم من كان له امرأتان ومال الى احديهما
في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رض ان النبي صلعم كان يعدل في القسمة بين نسائه وكان يقول
اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما رويناه والقديمة و
الجديدة فيه سواء لاطلاق ما رويناه ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار
في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في

الجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلابد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فتكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رض سألت رسول الله صلعم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رض ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية وقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال فلابد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عم لا رضاع بعد حولين وله هذه الاية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لابد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغايره غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن

اذا ارضعت الصبي ام ابيه لا يحرم هي على ابيه قال في الحاوي مع الكنز المنظوم امرأة ارضعت بنت بنتها لم يحرم البنت على زوجها شرح الوقاية لابن عبدي امرأة ارضعت ولد بنتها اذا ح زوجها هل يحرم المرأة على زوجها ام لا الجواب لا يحرم مبسوط وكذا لو ارضعت بنت بنتها لا يحرم البنت على زوجها جامع الكبير

بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عم لعائشة رض ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج الاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم فان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رحمه الله قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رح تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فيثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رح انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهايم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة

وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها
ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن
محمد رح انه يرجع عليها في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف
المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة غير مباشرة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا
وانما يثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف
المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البير
ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح
ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت
بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا
يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت
بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى
لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال
الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر
لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رض كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة
حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل
ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار
وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد
اندفعت بالواحدة ولنا قوله عم في حديث ابن عمر رض ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل
قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي
عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة
والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع
والبدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي
رح كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع المحظور بخلاف الطلاق في
حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع
النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين
الثلاث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها
والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين

في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة
الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق
من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد
ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل
الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض زمان النفرة
وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رح هو يقيسها
على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول
بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى
شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن
من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها
بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه
فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة
وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رح يفصل
بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها
والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه
الذي ذكر تكثر من وجه اخر لانه يرغب في وطي غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار
كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة
في الوطي لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تفتر الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل
تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل
في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد
طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة
على ما عليه الجبلة السليمة فيصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها
في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى
في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عم لعمر رض مر ابنك فليراجعها
وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح
انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل
العدة قال واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال وهكذا ذكر في الاصل
وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي رح ما ذكره الطحاوي رح قول
ابي حنيفة رح وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة

والفاصل فيهما بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة
فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد
دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة
طهر لا جماع فيه فان نوى ان يقع الثلاث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في
حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه وهو
السنة من حيث الوقوع لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه عرف بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه
وينتظم عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر
اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا فان نوى ان يقع الثلث الساعة
وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح
نية الجمع فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته
تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

فصل

ويقع طلاق كل زوج
اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون
ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رح
هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق
ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا
بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك
غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رح
لان صحة القصد بالعقل وهو زايل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل
باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة
لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وسيأتيك وجهه في آخر الكتاب ان شاء الله
وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رح عدد
الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية
مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة الواحدة لا تتجزى فتتكامل
عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة ثم طلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق
مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى والله اعلم

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله
انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا
تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق
لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن
العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رح
انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا
بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رح
يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد
به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده
وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف
معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق
او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث و
وقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره و
ذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به
الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طالق يقع الطلاق
ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الكل
لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال
الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت
نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين
باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى
في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال
اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال
انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به
عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل قوله انت طالق لان التاء ضمير المرأة او قوله
رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك طالق او بدنك طالق او جسدك طالق او فرجك او وجهك
لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال
فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عم لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب
وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذا
ان طلق جزءا شايعا منها مثل ان تقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشايع محل لسائر التصرفات
كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال
يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رح يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين

لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا
للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشايع بخلاف ما اذا اضيف اليه
النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في ساير الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا
انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد
لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليها بخلاف الجزء الشايع لانه محل
للنكاح عندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح
لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق
لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة
انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات
ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع
ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين
واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع
واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحايط الى
هذا الحايط وجه قولهما وهو الاستحسان هو ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما يقول
لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ووجه قول ابي حنيفة رح ان المراد بمثله الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين يريدون ما ذكرنا وارادة الكل فيما
طريقه طريق الاباحة كما ذكرا والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد وان يكون موجودة ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين
ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه بخلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب
او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رح يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب
في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي
ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين
وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو
نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب
والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا
الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال
زفر رح هي باينة لانه وصف الطلاق بالطول وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في الاماكن
كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار

لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار
وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم يطلق حتى يدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الظرف والشرط فحمل عليه عند تعذر الظرفية
في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في
جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في
العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي
تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال
غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق
في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها
بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان
حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رح انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف
والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين
القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة
مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا
الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية
لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او
عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الطلاق الساعة لانه ما اسنده
الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو
قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي
او نايم ويصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك
وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى
ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال
انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله
ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت
وقال قايلهم واذا يكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال
لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رح انه
يستعمل للشرط ايضا قال قايلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به
الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه

على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رح لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان المقصود هو البر ولا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يذكر في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهو اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والتزوج من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملكها هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح آخرا وعلى قول محمد رح وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رح في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد رح روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا يرى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع للوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه

وقعت الفرقة بينهما للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام ملك النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رح انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطيها له واذا قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا الآية فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط وان قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل

في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عم الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة

ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى
بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن والبتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء
الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في
الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق
البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون قوله طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح في قوله
انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد
من النية وعن محمد رح انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد
يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب
زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون
رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او
ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي الثلث اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل
الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما يصح نية الثلث لذكر المصدر واما الثاني فلانه قد يراد
بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند
فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رح انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد
ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه
وقد يملأ لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح
انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي
زيادة وصف وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه
قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف عند
الناس بالعظم يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في
قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او
عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال
لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى
الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان
معناه طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة وان فرق الطلاق عليها
بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر
في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا
قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة

فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد
فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى
ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما
حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية
كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في
وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية
في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع
ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال
غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع
ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال
انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله
معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه
كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت
وقعت واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار
فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن جملة فيقعن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر
الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول يقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا يقع
الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير
صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء
فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رح وذكر الفقيه ابو الليث رح انه تقع واحدة بالاتفاق لان حرف الفاء
للتعقيب وهو الاصح **واما الضرب الثاني** وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال
لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها
ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة
اما الاولى فانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فتقتضي طلاقا
سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود
منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه
تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده
او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله
انت طالق مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة وان
صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ

هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة
بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام
وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت
حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا
بد من النية قال الا ان تكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى
الا ان ينويه قال رحمه الله سوى بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق في القضاء اذا كان في حال مذاكرة الطلاق
قالوا وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة
الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا
ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي
حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي
امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل
قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب
يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري
وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك
ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب
ثم وقوع البائن بما سوى الثلث الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها
كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف
الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية
انها ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات
على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت
الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام
النية يثبت الادنى ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رح لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي
اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يامر
امرأته في العادة بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى
طلاقا صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف
ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق
دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق ثم في كل موضع يصدق
الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال

لها طلقي نفسك فلها ان يطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر
من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي
جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة بالذهاب عنه ومرة
بالاشتغال بعمل اخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل
الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه
يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف اخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة
بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك
التفويض الى غيره الا انا استحسناه باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولانه يتمكن من ان يستديم نكاحها
او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت
اختصاصها بها وذلك في البائن قال ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف
الابانة لانها تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت
فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع
الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت يقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج
جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن
الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال
اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات
كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله
فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رض فانها قالت
لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال
كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن
حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها
اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رح ولا يحتاج
الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق
الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث
الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام
للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث
في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث
فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة تملك الرجعة
لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اخترت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك

بيدك في تطليقة واختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن
بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص **فصل** في الامر باليد واذا قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت
قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة
للاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة
او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي
الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير
الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما يصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم
والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال
لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان
الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد
لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر رح هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم
وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ
ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد
لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل
ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رح انها اذا ردت الامر
في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت
نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك
الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رح انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه
ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى
جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل
فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها
ما لم تأخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة و
التمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ
الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم
في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول
ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام
يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل اخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان
يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل اخر يراد
به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل قال وان كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل

الاقبال لان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة
الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رحمه الله هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره
انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح
ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رح ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم
فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض وان كانت
تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف
اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة
يقدر **فصل** في المشية ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت
نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله
طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس
فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها
صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها
وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من
الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك
بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد
ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه
ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت
ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله
طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة
تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها
واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل
وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع فان قال طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده
لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها
في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته
طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في
المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رح هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف
عن مشيته فصار كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو
الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا
فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك

واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار
كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها
الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما
مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت
الثلث اما هاهنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او
امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك
الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو
الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة
رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك
الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا
وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع
الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلثا
فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشية
الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت
شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة
فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق
لانه ليس في كلام المراة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال
شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتداء اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه
لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قال شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الاتي
به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت لان
التعليق بشرط كاين تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت
فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها
كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي
شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون
الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء
عندهما وعند ابي حنيفة رح ان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج الامر
بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى
تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه
بعد زوج اخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة
لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا يملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت واين
شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق
لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في
زمان دون زمان فيجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة
ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك
يثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية
لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب
التخيير قال رحمه الله قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يقع ما لم توقع المراة فتشاء رجعية او
بائنة او ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق
اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رح ان كلمة
كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه
ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان في العدد فقد فوض
اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب
في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين
ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من تستعمل
للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة رح
ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او
لعموم الصفة وهو المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق او كل امراة
اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رح لا يقع لقوله عم لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط
والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك
اثره المنع وهو قائم بالتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري
وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا
بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق
الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى
اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه
وان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك
وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما ومتى ومتى ما
وكل وكلما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة

اذا ادعت المرأة الطلاق فقال كنت قلت لها انت طالق ان شاء الله وكذبته المرأة في الاستثناء ذكر في الروايات الظاهرة ان القول قول الزوج وعند بعض المتأخرين لا يقبل قوله الا ببينة [illegible]

ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم
والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها
مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية
للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة تم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم
الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك
اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق
الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رح وسنقرره بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج
بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك
عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط
فبقي الجزاء باقيا لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في الملك انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد
الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود
الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة
البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم وجود الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك
والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت
فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس
ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك
الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل
قولها في حقها وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله تعالى بنار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه
او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا يطلق صاحبتها
لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم
باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهو المحبة واذا قال ان حضت فانت طالق
فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام
حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها
اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل منها ولهذا حمل
عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين
تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا
قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وبشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت
غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول
لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة

وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت
تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء اخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في
حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا
والعدة منقضية بيقين لما بينا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فهي طالق ثلثا ثم طلقها وانقضت
عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فانت طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر رح لا يقع
وهذه المسئلة على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد
الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك
والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد
ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب
الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء
اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح هي طالق ما بقي من الثلث الطلاق وهو قول زفر رح واصله ان الزوج
الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود بما بقي وسنبين من بعد
ان شاء الله تعالى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل
بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رح يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق
اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر
عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية
فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق
ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا
قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رح انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع
بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال
بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى
المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي الحرام لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير
مراجعا باللبث عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود
الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عم
من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا
من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان
يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط

بعد رجوعا عن الاول قال وكذلك اذا مات قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان
يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء ولو قال
انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل
بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله
عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل
لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به اوصارفا للفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا
ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلثا
يقع الثلث لانه استثنى الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها
فلا ميراث لها وقال الشافعي رح لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا
لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير
عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز
ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب
لارثه عنها فبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها
او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة
فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال
لها في مرضه قد كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها
الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز وصيته واقراره لها فان طلقها ثلثا في مرضه بامرها
ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر رح فان لها جميع
ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى
انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه يقبل شهادته
لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اختها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم
يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح في المسئلتين
ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد
يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة
فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة
في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال وطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا
او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث
استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان

صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه
الهلاك الغالب ما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب
منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب
منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل
على انه لا فرق بينهما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل
لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار
فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت الا في قوله اذا
دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة
وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان
وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل
فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق
منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح
ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق
يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا
علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد
له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط
بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها
فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان
الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما
لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة
ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رح
وهو قول زفر رح لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ترث لان
الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح
ثم مات لم ترث وقال زفر رح ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول
المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج
فارا ولو طلقها ثلثا فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل
طاوعت ابن الزوج في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا
بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما
اذا طاوعت في حال قيام نكاحها لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث

لا يثبت الحرمة بالمطاوعة لتنفذ مهما عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورث وقال
محمد رح لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي
ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو
مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر
خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة
ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها ترث
انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بينا

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة
رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير
فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا يرى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق
الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح
في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا
عندنا وقال الشافعي رح لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى
يحرم وطيها وعندنا هي استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على
الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف
المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد
يكون بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب ان يشهد
على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة
للنكاح والشهادة ليست شرطا في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا
يجري التناكر فيها وما تلا محمول عليه الا يرى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها
كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته
فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها
عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد
راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رح وقالا تصح الرجعة لانها صادفت
العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد
انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رح انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء
فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف
ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد
انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رح وقالا القول

قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول
حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول
المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله
بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت
قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع
الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع
حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت
العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال
او بلزوم حكم من احكام الطاهرات وذلك بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في
حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهذا
استحسان وقال محمد رح اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به
من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف
الواجبات وهذه الضرورة يتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية
اقتضائية ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ من الصلوة ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت
ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت
قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون
العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض مما لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون
العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا ينقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج
اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي
يوسف رح ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رح وهو بمنزلة ما دون العضو لان
في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عم الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا
اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة
ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان يثبت الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او
ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه
والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول
فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة
لانه ثبت نسبه منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا قبل الطلاق

دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه من بطن اخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ويقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حايل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قايم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يوذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي رح يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى ملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يوذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل

فيما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق باينا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد منه الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رض وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه

والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بينا وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى الكلام ان يتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يومر به تخلقا قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد ما وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت منه ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤا الآية فان وطيها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو الماثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطيها والا وقعت بمضي اربعة اشهر لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطيها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر

ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كالجمع بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدا وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رح هو يصرف الاستثناء الى اخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او صدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع فان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية وان قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت المراة مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رح لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

امراة اختلعت بمهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك الولد ست سنين بنفقتها فلما مضى عليها ايام ردت عليه الولد اجبرت على ان تمسك الولد بنفقتها ست سنين لان الصلح بهذا الشرط قد صح فيجب عليها الوفاء فان تركت الولد على الزوج وتوارت او هربت فللزوج ان ياخذ قيمة النفقة منها لانها امتنعت عن ايفاء بدل الخلع فوجب عليها قيمة البدل
من جامع الفصولين

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا بدءا ووجه الاخرى قوله عم في امراة ثابت ابن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فيبقى معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمراة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكره وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من المال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بالعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه فان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه لم تبرا وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة

العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح
واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت
كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق باين
لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة رح ويملك الرجعة
وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام
بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله ومن قال لامرأته
انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا
كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان
مبتدأ فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع
شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت
بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله
انت طالق بالف فلا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف تجب لي عليك ومعنى قوله
على الف على شرط الف تكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده
والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك
الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رح وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد
منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان
قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ
الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما
لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار
باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلثة بطل وان لم ترد طلقت ولزمها
الالف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان
الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين
وفي جانبها شرط ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء
المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه منه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا
خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ولو قال طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي
فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول
قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه
اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال والمباراة كالخلع
كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح

لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة رح في المباراة لمحمد رح ان هذه معاوضة
وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف رح ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه
مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة
الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة
فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها
فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا
يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها
ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر
الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان
قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت
ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله
الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول
على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة
حاصل ما يلزم لها والله الموفق

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت
علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع
اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا
فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في
الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرمت الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار
والاحرام فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عم
للذي واقع امرأته في ظهاره قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ولو كان ثمة شيء آخر واجبا لنبه عليه
قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من
الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة
وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه
مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي
او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشايع
ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال

اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه
تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق
باين لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشي
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها
لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رح هو ايلاء ليكون الثابت
به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا
او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه
تاكيد له وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار والوجهان بيناهما وان
قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لان
التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان محمدا رح يقول اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان
جميعا وقد عرفت في موضعه ولابي حنيفة رح انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه
قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في
الامة تابع فلا يلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امراة
بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن
منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف عليه بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق
الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار
كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة
فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل

في الكفارة قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين
مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق
والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على
الوطي ليكون الوطي حلالا قال ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير
لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رح يخالفنا
في الكافرة وهو يقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه
اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى
سوء اختياره ولا يجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر
او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوع احدى
اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين
من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز

وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح
عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين
لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح
لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر
وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون
ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح انه استحق الحرية
بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قايم من كل وجه على ما بينا ولقوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
والكتابة لا تنافيه لانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا
تنفسخ مقتضى الاعتاق اذ هي تحتمله الا انه يسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة
او لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشرى الكفارة جاز عنها
وقال الشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى
وان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك
نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه
وجبت عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على
ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة فان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه
اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح اما
عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبد عن
كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق
ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس
واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر
ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا
عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع
اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا فيما ذهبنا اليه تقديم البعض عليه وفيما
قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا
الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه
عادة وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق

المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام
اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام الآية ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او
شعير او قيمة ذلك لقوله عم في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر اطعم لكل مسكين نصف صاع من بر ولان
المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة
فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره بان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم
جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا
لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة
في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء
وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في
خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما
اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم
فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد
في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما
اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه
تعالى ما شرط في الاطعام قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق والصوم فيقعان
بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين
صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجزيه عنهما وان اطعم ذلك
عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمودى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف
السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمودى
يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى
اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر ومن وجب عليه كفارتا
ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة و
عشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين
كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزيه عن
احدهما في الفصلين وقال الشافعي رح ان يجعل عن احدهما في الفصلين له ان الكفارات كلها باعتبار اتحاد
المقصود جنس واحد وجه قول زفر رح انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما
اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد
واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظيره الا ولا اذا صام يوما في قضاء رمضان

عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة
والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها فطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا
شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في
حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع
شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه
باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا واذا ثبت
هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم
في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا
ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا
لان الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط
طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد
لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب
ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها
الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا
او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى
الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان هو
من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او
مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان
لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك والمحدود في القذف مع امرأته
ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفة
اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها
به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في
جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول
في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص
وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال
وجه ما ذكرنا في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضم اليه الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا
لا يقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح يقع بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث لنا

ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه
دفعا للظلم دل عليه قوله ذلك الملاعن ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة
باينة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما
وقال ابو يوسف رح هو تحريم مؤبد لقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب
رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب
فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول
اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المراة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد
ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عم نفى ولد امراة هلال ابن امية
عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق
وعن ابي يوسف رح ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد
من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها
وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها
فحد به لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امراته وهي صغيرة
او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا
كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح
كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال
الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهو قول ابي حنيفة رح وزفر رح لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال
ابو يوسف ومحمد رح اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل
لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط كانه قال
ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا
لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رح ينفيه لانه عم نفى الولد
عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث
محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل
التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب وقال ابو يوسف
ومحمد رح يصح في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة
النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا
ما يدل عليه وهو قبول التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضى ذلك الوقت وهو
ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال واذا ولدت
ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج

لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي
الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال انها زانية وفي
ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله
الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم
ولان الحق ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة
معرفة لذلك فقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة
اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما
ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة باينة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه
طلقها بنفسه وقال الشافعي رح هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما يقع باينة لان المقصود
وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن باينة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان قد
خلا بها فان خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف
الزوج والمراة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة و
الاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يوجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء
فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يوجل سنة
وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل والخصي يوجل كما يوجل العنين لان
وطيه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها فانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت
لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول
وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها
بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام
الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا
كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رح ترد بالعيوب الخمسة وهو الجذام والبرص والجنون
والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عم فر من المجذوم فرارك
من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا
لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق التمكين وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار
لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه
لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت
في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا او وقعت
الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن

ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في
الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ
حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما
عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود
او لقوله عم وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر
لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الآية وان كانت حاملا
فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان
لقوله عم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت
حيضتين واليه اشار عمر رض بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر
ونصف لانه متجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان
كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال
عبد الله بن مسعود رض من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال
عمر رض لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض
فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ثلث حيض ومعناه اذا كان
الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع
قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي
في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق
الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها
على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث
لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة
الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال
النكاح بالبينونة والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها
وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح
فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية
في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل
والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم
لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض
وقال الشافعي رح حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال

الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض
فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس
بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم
لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل
منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت
مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه
فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق
والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة
التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة
بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة محتسبا منهما جميعا واذا انقضت
العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تتداخلان
لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخل كالصومين في يوم واحد
ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى
انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور
وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق
وفي الوفاة عقيب الوفاة وان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله
يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب
التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر رح من آخر الوطيات لان الوطي هو السبب الموجب
ولنا ان كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطية الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد
ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن
من الوطي على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره
واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك
وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها و
طلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال
المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج

وفي المسعودي عن ابي يوسف ما يدل على انه لا عدة على المهاجرة

الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كالو اشترى أم ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده
حقيقة بالوطية الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض
المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه
طلاق بعد الدخول وقال زفر رح لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية
لم تجب بعد وجوابه ما قلنا قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا
مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة
اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة
فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن
ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون
حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطاها كالحبلى من الزنا والاول
اصح

فصل

قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى
عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج
اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رح لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف
على فوت زوج وفا بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي ان النبي صلعم
نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي
هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة
لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير
المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التأسف
والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع
في المحرم وقد صح ان النبي عم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر
ولهذا يمنع المحرم عنه الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت
وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر
لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه يفوح منه رائحة
الطيب قال ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها
وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان
فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد
لانهما ما فاتهما نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض
في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان

يقولوا قولا معروفا قال عم السر النكاح وقال ابن عباس رض التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن
سعيد بن جبير رح في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة
الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة
فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا
ويخرجن لاقامة الحد عليهن واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش
وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على
نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان
تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها فطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى
منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان
نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات
تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل عليها او كانت فيها باجر ولا تجد
ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف بالحرمة
الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو
ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى
خروجه قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها
اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء فان كانت ثلثة ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في
ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون
طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف ومحمد رح ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا
لاذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج
من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى
السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال
ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب
فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق
فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب
يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة
الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء العدة لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها

رجل تزوج امراة نكاحا فاسدا او دخل بها فجاءت بولد لستة اشهر ثبت النسب منه واختلفوا في اعتبار هذا الوقت انه يعتبر ستة اشهر من وقت النكاح او من وقت الدخول قال ابو حنيفة وابو يوسف يعتبر من وقت النكاح وقال محمد يعتبر ستة اشهر من وقت الدخول وعليه الفتوى وفي النكاح الصحيح اجمعوا انه يعتبر المدة من وقت النكاح وقال بعضهم لا يشترط الدخول في النكاح الصحيح لكن لا بد من الخلوة رجل زنى بامراة فحبلت منه فلما استبان حملها تزوجها الزاني ولم يطاها حتى ولدت قالوا ان لم يكن في عدة الغير جاز النكاح وعليهما التوبة وقال الفقيه ابو الليث ان جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا من وقت النكاح جاز النكاح ويثبت وان جاءت لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب منه ولا يرث منه الا ان يقول الرجل هذا الولد مني ولا يقول من الزنا رجل اتهم بامراة ظهر بها حبل فزوجها ابوها منه والزوج ينكر ان يكون الحبل منه جاز النكاح في قول ابي حنيفة ومحمد لان عندهما يجوز نكاح الحامل من الزنا لكن لا يحل للزوج وطئها حتى تضع حملها قاضيخان في باب ثبات النسب

يكون ممتد الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قايما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبه الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر فمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في اخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رح اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رح الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقالا يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش قايم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رح ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب فهل يثبت في حق غيرهم قالوا ان كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرايط واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قايم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القايم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عم شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد له من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة رض الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي رح يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشرى وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا باينا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشرى ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسيلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولده فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال رسول الله عم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه واقدر على

الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رض بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين
وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكره ولا تجبر
الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم يكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد
من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس
ولانها اوفر شفقة للولاد فان لم يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا
قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عم الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع
ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت
من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات
معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها
لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان
زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امرأة
من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في
موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة
احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني
فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء
ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب
والتثقيف والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية
حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج
الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة
لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني
لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما
عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان
ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان ويخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار
للغلام والجارية وقال الشافعي رح لهما الخيار لان النبي عم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة
لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث فقلنا
قد قال عم اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به
الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عم من تأهل ببلدة فهو منهم
ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب
الى ان ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في
مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول
ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن
ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده
ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه
نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق
اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها
مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك
قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عم في
حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان
محبوسا لحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل
فيها فيستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رض وهذا اختيار الخصاف رحمه الله
وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار
وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي
يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عم لهند
امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة
تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة فنحن نقول بموجب النص انه مخاطب
بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى
للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان
ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق
فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فوات وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت
الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج
لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وان
سلمت اليه لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق
بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبينه وقال الشافعي رح لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده
كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر
دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة في ماله لان التسليم

تفوت منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت
الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها
وعن ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا
اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن
تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان
الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج
فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان
ان الاحتباس قائم فانها تستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رح
انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا
هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها
والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها
ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى
الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه
كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم
المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة
الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رح لان الواجب
على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها
استديني عليه وقال الشافعي رح يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق
كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى
في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج
فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة
الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به
تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك
فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدارها فيقضى لها بنفقة ما مضى
لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب
الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف
المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت

الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا
قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها اي عجلها
نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها بشيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح تحتسب لها
نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رح وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما
تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة
ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت
من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع
منها لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج
باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة
في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في
الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس
وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو
استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر
في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا
والمدبرة وام الولد في هذا كالامة

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس
فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى
مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها
ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص حقها
وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها
لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله
حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس
له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبات وتطويل
الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك
المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر
بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب
اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس
بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب
وكذا اذا كان المال في يد مضاربه وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم

ادودنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه تحتاج الى
البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغايب واما عندهما
فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغايب لانه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها
كفيلا بها نظرا للغايب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج او انقضت عدتها فرق بين هذا وبين
الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند
ابي حنيفة رح لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة
نظرا للغايب ولا يقضي بنفقة في مال غايب الا لهؤلاء ووجه الفرق وهو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء
القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء
لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على
الزوجية او انه لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي
القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر رح يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب
فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها
وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس
وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل

واذا طلق الرجل امرأته فلها
النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما
الرجعي فلان النكاح بعد قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما الباين فوجه قوله ما روي عن فاطمة
بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلعم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك وهي مرتبة
على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو
قوله تعم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس
قايم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها
السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رض رده عمر رض فانه قال لا ندع كتاب ربنا
وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلعم يقول
للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة
رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة
منها الا يرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها
عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت
من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصار
كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي بخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها

بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن الزوج من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت
بالطلقات الثلاث فلا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة
لا تحبس فلهذا يقع الفرق

فصل

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه
في نفقة الزوجة لقوله تعم وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الآية والمولود له هو الاب وان كان الصغير
رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجر الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه
لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعم لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها
وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر على
الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر
عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع
ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال تعم والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت
لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه
وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قايم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية
اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استأجرها
وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستأجرها
يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استأجرها
وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق به لانها اشفق فكان نظرا
للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله
تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه له اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير
واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد
فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه
بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة
وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان
نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده و
جداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعم وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت
الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعم ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد
والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه
فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى
من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة

والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد
لاحتباسها الحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما في غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزؤ المرء في
معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزؤه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على
المسلم ان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم
وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه
متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك
اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا
افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال
غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في
ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة
بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى فقيرا لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة
والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رض وعلى
الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة
لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع
الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص
على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال ويجب نفقة الابنة
البالغة والابن الزمن على ابويها اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا
المقدار قال رح هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير
ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيشاركه
الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى يكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات
المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر
اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين
لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف
تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها ولا
يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف رح وعن محمد رح انه قدره بما
يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد
انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة
واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته

جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه
لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع له في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك
الام في النفقة ولابي حنيفة رح ان للاب ولاية الحفظ في مال ابنه الغائب الا يرى ان للوصي ذلك فللاب
اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب
من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن
من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان
ياخذ منه نفقته لانه جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا
حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما
بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ولا نيابة لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف
ما اذا امر القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر
انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان
نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى
بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في
الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي
المدة **فصل** وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله عم في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت
ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا
وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان
كان عبدا زمنا او جارية لا تواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما
وايفاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك
لا تصير دينا فيكون ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه
يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلعم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه
اضاعته وعن ابي يوسف رح انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال النبي عم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا
منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمراة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال
العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك و
البلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل
للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال العاقل اعتقت وانا مجنون
وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلم
لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عم

وتسقط ما مضت الا اذا فرضت او رضيا بشيء وبموت احدهما او طلاقها تسقط المفروضة الا اذا استدانت بامر القاضي
ولا تسترد المعجلة يعني ان عجل لها نفقة سنة مثلا ثم مات احدهما قبل مضي المدة لا يسترد منها شيء لانها
صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت — درر

لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو
اعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغنى
ذلك عن النية والوضع وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع
وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل وأنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه نوى
خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح وهو الاستحضار المنادى بالوصف
المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقاً له وسنقرره
من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو
ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس نداء باسم علمه فيعتبر إخباراً
عن الوصف وكذلك لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حر لأن هذه
الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسنبين
الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا
خلافاً للشافعي رح والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية
عتق وإن لم ينو لا يعتق لأنه يحتمل أنه أراد بقوله لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا
يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي
عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع
والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك
هو المروي عن أبي يوسف رح بخلاف قوله طلقتك على ما نبين إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك
ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد
كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلاً
فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله فإن كان
لا يولد مثله لمثله نذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك
ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق وإن كان
له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته ووجه
المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق أما الأول فلأن اسم المولى وإن
كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار
كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني والثالث
نوع مجاز والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد ينافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح
وكذا لو قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه و
بين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصريح

وبالنداء بلفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رح لا يعتق في الثاني
لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكره لأنه
ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراماً محضاً ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه
إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي استحضاراً له بالوصف المخصوص
كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق
الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً
له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رح شاذاً أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو
قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا لو قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير الابن والبنت
من غير إضافة والأمر كما أخبر وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رح وقالا لا يعتق
وهو قول الشافعي رح لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي
حنيفة رح أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في
المملوك سبب لحريته إما إجماعاً أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً
أو لأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه
تحرزاً عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال
لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً
لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وأنه يخالف مطلق المال في
الوصف حتى وجب على العاقلة في ثلث سنين فلا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس
بسبب له أما الحرية لا تختلف ذاتاً وحكماً وأمكن جعله مجازاً عنه ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما
فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا
الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب
بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية
وعن أبي حنيفة رح أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الاختلاف
وقيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد
حققناه في النكاح وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم يعتق وقال الشافعي رح
تعتق إذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم له أنه نوى ما
يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة وكل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك
النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو
حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فثبتت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ولهذا
يصح بلفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق

لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك
المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى
ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه
فلهذا امتنع في المتنازع فيه واتساع في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة
في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه
التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس
حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلعم وقال صلعم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ
بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا كانت او غيره والشافعي رح يخالفنا في غيره له ان ثبوت
العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس ولا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد
فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا
ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها
هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك
مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه او من يجري مجراه لا يتكاتب عليه
لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من
مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رح انه يتكاتب على الاخ ايضا
وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت
بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق
العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من
اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخرين وعتق
المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق
الى ملك او شرط صح كما صح في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في كتاب
الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه
واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله
ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء واذا اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو
متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا
لما فيه قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح لا يصح بيعه ولا هبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة
عليه في البيع ولم توجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل
على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه

في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل
وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال وولد الامة من مولاها حر لانه
مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها
مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد
رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف
الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح
وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي
فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها
بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد
ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع
او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف
يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزي كما في البيع والهبة
فيبقى على الاصل ويجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة
الى البعض يوجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا
اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله ان يعتقه لان المكاتب قابل
للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه
عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد يتجزى
عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان
فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار
ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء
للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان
شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا قول ابي حنيفة رح وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار
والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما
تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني
قوله عم في الرجل الذي يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي
الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته
في صبغ غيره حتى انصبغ فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا
ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى

لانه يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج
على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق
لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق
يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عن البيع والهبة وغير ذلك مما سوى
الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء
الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان
الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله
من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا
والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى
لفكاك رقبته ولا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر
لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رح في الموسر كقولهما
وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا
الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه
قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين
القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين
على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح
وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار
مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا
تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك
باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر
التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كل واحد منهما يقول عتق نصيب
صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كانا
موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق
يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا
معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر
وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما
يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون متبريا
للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى
موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر

وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن
القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما
انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب
الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل
التذكر او البيان وبيانا التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو
حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت
الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى
الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه
علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه فالشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء
استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا
سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا
اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق
لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد
نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو
الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف
باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية لان الحكم يدار
على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي
فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي
بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رح
لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع
السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن ان كان
موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا
كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان ارادوا الضمان فللساكت
ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا
واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا
به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر
نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه

باقساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه
وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر
ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير
لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر
على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته
قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه
دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان
العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد
نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف
الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما
انها ام ولد لصاحبه وانكر الآخر فهي موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء
المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل له عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب
اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه
اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني
اذا اسلمت ولابي حنيفة رح ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة
فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك
بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد
ولا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا
الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما
وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا يرى ان ام ولد النصراني اذا
اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع
والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رح
ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث
بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف
في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر
ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا
بكتابتها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

بالعتق

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل الآخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه
ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق
ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق
رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان
الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع
النصف المستحق بالثاني في نصيبه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت
له ثلثة ارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين
الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف
وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل
من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام
العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت
ثلثة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل
نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون
فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت
وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رح يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم
فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن
غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن
مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رح خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي
عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين
له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق
الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض
او بدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على
البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك
وكذلك لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما لما بيناه ولو قال
لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في
الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق

مطلب
العتق في مرض الموت
وصية ومحل
نفاذها الثلث

ولان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطي يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا والام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحد منهما وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم تظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة تثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدوا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك وبوم بان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيه ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما وكان كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا يقبل لانه

ليس بوصية وقد قيل يقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال فالجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رض وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف لا غير لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا اخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الاخر ولهما ان هذا في الوصية ايجاب بالمال ما يستفيد بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترتبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق

قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر ثم باعه ثم رد عليه بعيب او ملكه بجهة اخرى فادى الفا يعتق والمسئلة بتمامها في كتاب العتق قاضي

لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه
النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره
جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت
الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء
وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب
بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه
وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رح لا يجبر على القبول
وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ
ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل
فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه
على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في
مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع
عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة
في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل
نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا
حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق عتق ورجع المولى عليه لاستحقاقها ولو كان
اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس
لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي
على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم
بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال
الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث
لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد يعتق ثم
ان مات المولى من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح عليه
قيمة خدمة اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد
ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية
فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع
المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية
بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لاخر
اعتق امتك على الف درهم علي على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الامر لان من

ولو قال لعبده انت مدبر على الف لا تعتبر قبول العبد قبل الموت ولو قبل كان للمولى ان يبيعه فان لم يبعه حتى مات المولى وهو يملكه فقبل الالف عتق ولو قال الرجل لعبده انت حر بعد موتي على الف تعتبر قبول العبد بعد الموت واذا قبل بعد الموت لا يعتق الا باعتاق الوارث ولو قال لعبده ان شئت فانت حر بعد موتي كانت المشية بعد الموت قال لعبده انت حر ان مت الى مائة سنة ثم باعه جاز بيعه لانه مدبر مقيد لانه لا يتصور ان لا تموت الى مائة سنة والمختار انه متى ذكر مدة لا يعيش اليها غالبا فهو مدبر مطلق لانه كالكائن لا محالة والمدبر من تعلق عتقه بموت السيد وقيمته ثلثا قيمته لو كان قنا وقيل نصف قيمته وهو المختار عند بعض المشايخ لو قال لعبده في مرضه اذا اديت الي الفا فانت حر وقيمته الف فادى اليه الفا من مال اكتسبه بعده المقالة يعتق من جميع ماله ... خزانة المفتين

قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره
طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز
وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على
قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على
ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له
وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط
في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله اعلم

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني
او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر
ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رح يجوز لانه تعليق
العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية
وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب
الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه
بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية
بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود
وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده
فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه
ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة يطأها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت
له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير
وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال
غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق
فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير بموته على
صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب
لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن
لا محالة وان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير
في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت
الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن
لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد
له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة

البيع ولان الجزوية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن
الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزوية حكما لا حقيقة فضعف السبب
فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزوية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية
تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملك الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها
وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب
عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله
قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قايم فاشبهت المدبرة ولا يثبت
نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب
بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون
الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين
مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقراره معناه بعد اعتراف
منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا
نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه
الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان
وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم
يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان
اخريان عن ابي يوسف ومحمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه
لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج
لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت
نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت
من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن
من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فيقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه
وصية بما هو من زوايد الحوايج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرما لما روينا ولانها ليست بمال متقوم
حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم
واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال
زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم
تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين
الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن
الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في

في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقد ولانها ان لم تكن متقومة فهي
محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات
مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن
استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك
يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق
فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد
حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزوية على اعتبار ما ذكرنا
من قبل والجزوية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت الجزوية
بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه
جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة
نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطي جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد
له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلايلها في كتاب النكاح من هذا
الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد لان الملك
انتقل الى الاب قبيل الوطي وان وطي اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام
الاب ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه
بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه لانه لما ثبت النسب منه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى
وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد عندهما لا يتجزى وعند
ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه
تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة اذ الملك
يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك
هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطيا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت
مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه
اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القايف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا
ان الولد لا ينعلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلعم بقول القايف في اسامة
بن زيد رض ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما
يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض وعن علي رض مثل ذلك ولانهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية
فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

الا اذا كان احد الشريكين اب الاخر وكان احدهما مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام
وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة
وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه
في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الاخر
ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطي المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان
صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية
ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك
تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة
الاستيلاد لما نذكره قال وعليه قيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه
فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة
كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت
نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض
يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم بها صاحبها لقوله عم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها
الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى
وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى
بالصوم وتشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر
متعلق باختيار مبتداء وما في معنى الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل
ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان
وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو
ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل
فيه قوله تع لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الاية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف
في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عم ثلث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى
ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا
اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله
وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون

قال واليمين بالله او باسم اخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا
كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم
الله تعالى وصفاته فصلح ذكره حاملا او مانعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف
ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا
وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب
والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه غير متعارف قال رحمه الله معناه ان يقول والنبي والقران اما
لو قال انا بري منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله
والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القران وقد يضمر
حرف القسم فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب
لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فيكون الكسرة دالة على المحذوف وكذلك اذا قال لله في المختار لان الباء
تبدل بها قال الله تع امنتم له اي امنتم به قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد
وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو
حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه
فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى
والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو
حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل
حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تع قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف
بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فيصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال
العدة واليمين بغير الله تع ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال
سوگند خوردم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال
وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه
والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال
الله تع واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عم من نذر
نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما
جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول
في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى
فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف
يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس
بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان

أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربوا لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم
ولأنه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار
وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلوة وإن شاء أطعم عشرة مساكين
كالإطعام في كفارة الظهار والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان
الواجب فيه أحد الأشياء الثلثة قال فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلثة صام ثلثة أيام متتابعات
وقال الشافعي رح يخير لإطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة أيام متتابعات وهي
كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد رح وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رح
أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا
يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الإطعام باعتبار القيمة وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه
بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية
واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض بخلاف الجرح لأنه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة
ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه
لقوله عم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه ولأن فيما قلناه
تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد
إسلامه فلا حنث عليه لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو
أهل للكفارة لأنها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه إن استباحه كفارة يمين
وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين فيصار إليه
ثم إذا فعل مما حرمه على نفسه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة
لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك
والقياس أن يحنث كما فرغ من اليمين لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان
أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف
فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم وإذا نواها كان
إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا
يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف
واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروي حرام هل يشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقا من
غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء
بما سمى فإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ولأن المعلق
بالشرط كالمنجز عنده وعن أبي حنيفة رح أنه رجع عنه وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة

أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا
وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أي الجهتين
شاء بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل
هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عم من حلف على
يمين وقال إن شاء الله فقد بر في يمينه إلا أنه لا بد من الاتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة
أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا إذا
دخل دهليزا أو ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق
الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة فإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة
فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا
كانت صفافهم وفي عرفنا لا يحنث لأن الصفة في ديارنا ذات حوائط ثلاثة فلا يكون بيتا وقيل الجواب
مجرى على إطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار
فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة
ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو
وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الاسم
باق بعد الانهدام فإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بنيت بيتا فدخله لم يحنث لأنها لم تبق دارا
لاعتراض اسم آخر وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدار به وإن حلف
لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يبات فيه حتى
لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله
لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لأن السطح من الدار
ألا يرى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا إذا دخل دهليزها
يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم وإن وقف في طاق الباب بحيث لو أغلق الباب كان خارجا
لم يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو
فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث بالقعود لأن الدوام له حكم الابتداء
وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا
الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل
من ساعته أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته لم يحنث وقال زفر رح
يحنث لوجود الشرط وإن قل ولنا أن اليمين للبر تعقد فيستثنى منه زمان تحققه فإن لبث على حاله
ساعة حنث لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ألا يرى أنه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما

ولا يحنث يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق
لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث
لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت
والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه
لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة
لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد حنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف
يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك
ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل
الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا اخر
يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان

والركوب وغير ذلك قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف
الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر
ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا
الى الجنازة فخرج اليها ثم اتى الى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج
ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو
الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى
فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال
وان حلف لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف
لياتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض
ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه و
بين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب
في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح
قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة
فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن
وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه
خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه
كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق
فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فكف ثم ضرب
وهذه تسمى يمين الفور وتفرد ابو حنيفة رح باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة

الخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج الى منزله
وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا
قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتديا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون
له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك
للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه
يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عم من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة
الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رح
يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل
فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث
بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف
لا ياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار الرطب تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف
ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه
فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر
في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا
لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب
يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون
في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل
بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر
فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه
شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا ياكله فاشترى حنطة
فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث
والقياس ان يحنث لانه سمي لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاؤه من الدم
ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين
قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال
اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند
ابي حنيفة رح وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب

بالنار ولا نه لحم حقيقة الا يرى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله
في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما بالفارسية اسم پيه
لا يقع على شحم الظهر بحال واذا حلف لا ياكل وكذا ينبغي ان يقع على شحم الظهر والبطن والالية جميعا ولو حلف
لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم
والشحوم ومن حلف لا ياكل هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها
تغلى وتقلى وتوكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما
هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا
ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه
ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل
المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطايف
لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه
غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث وان حلف لا ياكل شواء فهو على
اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض
او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف
وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا ان ينوي غير
ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا ياكل
الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل
راسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان
العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في
المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا
او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح حنث في العنب والرمان و
الرطب ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام او بعده اي يتنعم زيادة على المعتاد و
الرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى
موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا
فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه
والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى
بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل
او من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف
لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام
ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يوكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة
في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المايعات لا يوكل وحدها بل يشرب والملح لا يوكل بانفراده عادة ولانه يذوب
فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يوكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس
بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى
نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا سمي الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف
الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر
عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت
فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب
وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضي لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او
اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص
فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى
يكرع فيها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض
وحقيقة في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان
حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار
كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق
وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رح حنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله
ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رح لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد
من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو
الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كان
اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رح يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث
في قولهم جميعا فابو يوسف رح فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل
الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه
الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ واذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات
الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور
فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن
هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل

حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا يرى ان الملائكة
يصعدون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم
العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب
الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء في الكوز لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم
لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه
وعليه مشايخنا رح لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه
الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من
الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه
يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من
حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا
بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم
به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث
وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة
ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس
وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قاريا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا
فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى
ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن
ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة
لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا
الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل
القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية
بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رح لان
الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده
التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة
فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد
يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رح
هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رح يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات
لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه

كما في الاشارة ووجه ما ذكر هنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا
لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة
بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
وقال محمد رح يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رح وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان ثم دخلها
فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد رح وزفر رح ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة
للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان
هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال
قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة
للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في
الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم
تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل
وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى
تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه
عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان
يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى
شيئا فهو على ما نواه لانه حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح
لا ادري الدهر ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا
لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى وابو حنيفة رح
توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف
لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام
فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده
وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرناه لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف
الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر
لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح
عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل
لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق

فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون
ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه
ام ولد له فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا
عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا
فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف
الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد
بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا
قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى
آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال
اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة
والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر
اسم فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق
فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات
حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط
متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية فمن وقت الشراء
فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفايدته تظهر في جريان الارث وعدمه ومن
قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير
بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا جميعا
لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط
قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه وينوي عن كفارة يمينه اجزاه
عندنا خلافا لزفر والشافعي رح لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات
الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عم لن يجزي ولد والده
الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه
فارواه ولو اشترى امّ ولده لم تجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك
فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد
فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث
تجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية
ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها
لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى

جارية فتسراها لم يعتق خلافا لزفر رح فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار
كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة
التسري وهو شرطه فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط
دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا
ومن قال كل مملوك لي حر يعتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء
اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك
اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال
لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولين لان او لاثبات احد المذكورين
وقد ادخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار
كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين
لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق
عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر
وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد
بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل
في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال
عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف
لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح
شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور
ولو قال عنيت ان لا اليّ ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق
ان الطلاق ليس الا تكلم بما يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما
فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي
يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة
وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه
وهو التادب والتثقف فلم ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الايتمار عائدة
الى الآمر بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف
عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به
وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك
حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل

العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ولو قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رح انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام والله اعلم

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او قال الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رض ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله علي المشي الى الحرم عمرة او حجة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبده حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرا وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامراته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلت ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المراة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المراة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القران وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لم يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا اخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مولم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس قال وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مولم وقد تحقق الايلام بهذا الفعل وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه

ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف ولكن في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون
الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا
يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها
زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به
صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحق صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا
او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا
وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر
به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة ولان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين
ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل
لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث
الا به فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد
يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم
فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء
المائة استثناء لها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم
النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام
الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس منه وذلك بموته او بفوات محل الفعل واذا [illegible]
الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او دفع
شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية
ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك
مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك
يتم به اما البيع معاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث
لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف
ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين
على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله اعلم

كتاب الحدود

الحد لغة المنع ومنه الحداد للبواب وفي
الشرع هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم
التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست باصلية فيه بدليل

شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة او الاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر
وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي
متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عم للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون
على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا
شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا ومتى زنا وبمن زنى لان النبي عم استفسر ماعزا
عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك مندوب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى
في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن
فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة
وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا
للدرء قال عم ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية
نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد
حبس رسول الله صلعم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق
ان شاء الله تعالى والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس مختلفة من مجالس
المقر كلما اقر رده القاضي واشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب
للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا
لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز
فانه عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب
ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد
من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار
والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث
لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح لانه عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا
تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام
الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة
لان تقادم العهد يمنع قبول الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر
عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم
الحد عليه لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد
القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار
بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز رض لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عم رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف واذا امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى رسول الله صلعم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عم في ماعز رض اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى عم على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الآية الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المولم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رض كان يامر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عم للذي امره ان يضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يومن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف رح يضرب الراس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رض اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا او امة جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منصف للنعمة منقص للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فتكون ادعى الى التغليظ والرجل والمراة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المراة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عم حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عم لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز رض ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده وامته الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توافر الزواجر اغلظ والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما ما روي عن النبي عم انه رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رح يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي حدا والشافعي رح يجمع بينهما حدا لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر

واما الزنا الصريح بالحرة فالرجم لما ذكرناه من الاختلاف وحده يتصرف على ما اوحدان كان محصنين رجما وان كانا غير محصنين جلدا جميعا وان احدهما محصنا والاخر غير محصن رجم المحصن وجلد الاخر مائة جلدة والنفي

ما يرى وذلك تعزير وسياسة ولانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل
النفي المروي عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا
يمتنع بسبب مرضه وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة
الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى اهلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان
حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به الخروج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء
بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رح انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا
لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية
بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب
بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي
الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك
وشبهته يؤيد ذلك قوله عم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة
اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير
الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا
يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثاني اذا
ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه
وهو الاشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته
والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها المولى وهي في العدة
وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الاصح ففي هذه
المواضع لا يجب الحد اذا قال ظننت انها تحل لي وان قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع
جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم والممهورة في حق
الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه
المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا
على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك
ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا فنقول ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد
لزوال الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع فلا
يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر
الملك قايم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة
والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الاثار في العدة ولو قال لها

انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف
الصحابة رضوان الله عليهم فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في ساير الكنايات وكذا
اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها
علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشات عن دليل وهو قوله عم انت ومالك لابيك والابوة قايمة في
حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطي جارية ابيه او امه او زوجته
وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطي جارية
مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة
فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطي
جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا ساير المحارم سوى
الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر
قضى بذلك علي رض وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين
امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رح لان الملك
منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطيها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن
مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه
التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل
ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم
بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف
محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات
ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد
وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة
لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطي
اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في موضع مكروه او عمل عمل قوم لوط
فلا حد عليه عند ابي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو
احد قولي الشافعي رح وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا
الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من
مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه
الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه
محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطي بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى

الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق
ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروي انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به
وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح
يحد لانه التزم بالاسلام احكامه اين ما كان مقامه ولنا قوله عم لا يقام الحدود في دار الحرب ولان
المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج
لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الامام بنفسه كالخليفة وامير مصر
يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة
واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح
ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية
لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف رح يحدون كلهم وهذا قوله الآخر
لابي يوسف رح ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة
عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل
للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم
ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف
التزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا محض حق الشرع ولمحمد رح وهو
الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعم فامتناع الحد
في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع فلا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره
اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رح ان فعل المستأمن
زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل
هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره
بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رح لا تحد واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا
حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف واذا زنى الصحيح
بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط
الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كل واحد منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق
منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية
مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في
حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس
بهذه الصفة فلا يناط به الحد قال وان اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رح
اولا يقول عليه الحد وهو قول زفر رح لان انتشار الآلة آية الطواعية ثم رجع عنه وقال لا حد عليه

لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كالنائم فاورث شبهة قال وان اكرهه غير السلطان حتى زنا حد
وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله انه
من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح
والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد بخلاف السلطان فانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج عليه
بالسلاح فافترقا ومن اقر اربع مرات في اربعة مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي قد تزوجني
او اقرت بزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق
وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها
فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها وعن
ابي يوسف رح لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو
على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوط الحد كما اذا ملك المسروق قبل القطع
ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما هو في هبة المسروق
لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا
بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينيها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة
العمياء وهي عين فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص
فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعم واقامتها الى الامام لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه
على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة
المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود
التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف
خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن
السرقة والاصل فيه ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رح هو يعتبرها بحقوق
العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر
فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته
فيتهم فيها وان كان التأخير فيها لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان
لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعم حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون
التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب
تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى فيه ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعم على ما مر وانما شرط
للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعم فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام

على الاستتار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير آثما فاسقا ثم التقادم كما يمنع
قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رح حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض
الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا
في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين والى هذا اشار الطحاوي وابو حنيفة
لا يقدر في ذلك وفوضه الى راي الحاكم في كل عصر وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو
رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا
كانت يقبل شهادتهم لان المانع بعدهم من الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند
محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة
وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة يتعذر
الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا
انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه
لا يخفى عليه امته او امراته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ
الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب في حقه
وتفرد احدهما بزيادة جناية وهي الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط لتحقق الموجب في حقها ولم
تثبت لاختلافهم وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها
فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ
الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب
الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رح لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمراة وان اختلفوا
في بيت واحد حد الرجل والمراة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا
يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء
في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر
في المؤخر فيشهد كل واحد بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة
انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين
غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة على امراة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما
وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن
حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا
وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه
لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء

فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان
الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته
ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا
فلهذا تمتنع الحدان ويتاتى فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة كالعبد
وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة
عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا
في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب فان رجم
فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رح معناه اذا
كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما
يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح
وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد
الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح ان الواجب
هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة
هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة
وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها
فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه
لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر
والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية
لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم
ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع
ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في
الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب الثلثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل
بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب
قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه
وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء
في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال
محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد
الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن
المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق

وهذه الرواية وهي رواية المطرزي تكلم قد وقد روي بردتها وهي رواية الفقهاء فعلى الاول تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثاني تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام هو الخمر والعنابة

على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم لا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالا هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض شرط ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول فظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية في بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا يقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم وهو العبد او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر رح وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه ولو اقر بعد ذهاب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بمضي الزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر

يقولون لي انكه شربت مدامة ... فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولا اجماع الا براي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حد المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رح انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رض هذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رح يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت الناس فيه فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران والعياذ بالله لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

قال واذا قذف رجل رجلا محصنا او امرأة
محصنة بصريح الزنا وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص
اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه
حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد
من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو
لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان
ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان
قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر واما العقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي
والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير
العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا
اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال
لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب
يراد به حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب المروة ولو قال لست بابن
فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا
ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد
موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار
يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي رح يثبت حق المطالبة لكل وارث
لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرنا ولهذا
تثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل وتثبت لولد البنت كما تثبت لولد الابن خلافا لمحمد رح وتثبت
لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رح واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب
بالحد خلافا لزفر رح هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار
كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان
في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر
لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناوله القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال
لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان
يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام
المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رح لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض

الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع
وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه
شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل
ذلك يشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار
حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به
ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي
تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو
فان المقذوف عندنا لا يصح عفوه ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف
في العفو مثل قول الشافعي رح ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول
الاظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو
خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق
او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه
يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى
عمه او الى خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول لقوله تعالى واله ابائك
ابراهيم واسماعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثاني لقوله عم الخال اب والثالث للتربية ومن قال
لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد
لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل
وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين
كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال
زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت
على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما
يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول
مذكورا في الثاني ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان
وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف
ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا
حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان
معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان
دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلناه ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب

اذا اجتمع حق الله وحق العبد

لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان
لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل
وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع
النسب كما يصح بدون الولد فان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا
ومن قذف امراة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد
فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة الولد الذي لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط
ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد
قاذفه لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطي وطيا حراما لعينه
لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطي في غير
الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة
لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من
غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطي جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لان الحرمة لانعدام الملك من وجه
وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد
ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك
وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رح ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول
زفر رح لان الملك زايل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة
لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطي امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح
ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة ولو قذف
مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رح وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم
له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد
لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي
وموجبه اذا آذاه الحد واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رح اذا تاب تقبل وهي
تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة
لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد
بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد
شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في حد قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان
رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له وعن ابي يوسف رح انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول
اصح قال ومن قذف او شرب او زنى غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة الحد
حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى

وقذف وشرب وسرق لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا
حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رح ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان
المغلب حق العبد عنده

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا
بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما
بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه آذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود
فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي
ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق به الشين للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شتما وقيل
ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر
وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف رح يبلغ التعزير
خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه
حدا فابو حنيفة ومحمد رح نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون
فنقصا منه سوطا وابو يوسف رح اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية
عنه وهو قول زفر رح وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده
ثم قدر الادنى بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله ان ادناه على ما
يراه الامام بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه
على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير
الزنا من حد القذف قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد
ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته
كما شرع في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف
من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال
ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم
حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ
من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما
فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته
لانه مطلق فيه والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت
المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى
المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره فصار كان الله تعالى اماته من غير واسطة
فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على
وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه

اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانها ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء
لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين
الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع
والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان
الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير
وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند
الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلعم ما كان
الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول
كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا
الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عم
لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما
قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة
مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ
قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة
فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والحر والعبد في القطع سواء لان
النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين
مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت
بالاقرار مرة واحدة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد
فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار
والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس
فيقتصر على مورد الشرع ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهم
الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى
ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان
اصابه اقل لم يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قال لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار
الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والصيد والطير والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل
فيه حديث عائشة رض قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد

جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه
على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص
الا يرى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا
الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح
والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عم لا قطع في الطير وعن ابي يوسف رح
انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رح والحجة عليهما ما ذكرناه قال
ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر
الجمار وقيل الودي وقال عم لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل
منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عم
لا قطع في ثمر ولا كثر واذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين
في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم
الاحراز ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال
وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في
سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي
يوسف رح مثله وعن ابي يوسف رح ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر
بانفرادها وجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب
واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة
الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز
بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من
الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه
التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف رح انه ان كان الصليب
في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي
الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته او حمله
الى مرضعه وقال ابو يوسف رح يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع
غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد
نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق اخذها
الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان كان صغيرا
لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض
ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك

ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة
كلب ولا فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية
الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رحمه الله
آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة
عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لان
هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها
فصار كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة
الا يرى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى تبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية
قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل
على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز قال ولا منتهب
ولا مختلس لانه مجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عم لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح عليه القطع لقوله عم من نبش قطعناه ولانه
مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة
ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل
في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما
بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما
بينا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا
لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه
عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له
ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر
بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ الحد عنه لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه
دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد قال
ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن
ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح لقوله عم فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى
بل اقبح لتقدم الزاجر فصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع
اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعم وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة
بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك
قد اختلف لاختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو

تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون
غزلا فسرقه وقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة
التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع
فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر
الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح
لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا
يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن
ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام
هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل
عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف
التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر والعبد من سيده او من امرأة سيده او زوج سيدته
لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك
عندنا خلافا للشافعي رح لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الاختلاف في الشهادة ولو
سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا
وهو المأثور عن علي رض درءا وتقليلا قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز
بالحافظ قال رحمه الله الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان
المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس
في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلعم من سرق رداء صفوان
من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه
وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز
الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ
لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته
او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله
لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او بيت اذن للناس في دخوله
لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق
منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن مختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده
قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت

الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الإحراز بالحافظ
ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولأنه بمنزلة
أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز
واحد فلا بد من الإخراج منها ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الأخذ وإن
كانت دارا فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز
على حدة وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا وإذا نقب اللص البيت فدخل
وأخذ المتاع وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة
على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبي يوسف رح إن أخرج
الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع
وهي بناء على مسئلة تأتي من بعد هذا إن شاء الله تعالى وإن ألقاه في الطريق ثم خرج فأخذه قطع وقال زفر رح
لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمي
حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب البيت أو للفرار ولم يعترض عليه
يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك إن حمله على حمار
فساقه وأخرجه لأن سيره مضاف إليه لسوقه وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال رض
وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رح لأن الإخراج منه تمت السرقة به
ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع
ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا
لم يقطع وعن أبي يوسف رح في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول
فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي وأخذ الغطريفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن
شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لأن الممكن
فيه إدخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد وإن طر صرة خارجة
من الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم يقطع لأن في الوجه الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ
من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم
ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن أبي يوسف رح
أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده وإنما قصده قطع
المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق وإن سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود
فيتمكن شبهة العدم وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون
الحفظ حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وإن شق الحمل فأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل
هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع وإن سرق جوالقا فيه متاع

وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون
محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه
يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث
يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلونا من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رض
ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عم
أمر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عم فاقطعوه واحسموه ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر
لا متلف وإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى وإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا
استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ رح وقال الشافعي رح في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة
تقطع رجله اليمنى لقوله عم من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه و
يروى مفسرا كما هو مذهبه ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فيكون أدعى إلى شرع الحد ولنا
قول علي رض فيه إني لأستحيي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج
بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعا ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولأنه
نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لأنه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث
طعن فيه الطحاوي أو نحمله على السياسة وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى
لم يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إذا كانت
إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام فإن كانت
إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف
فوت الإصبعين لأنهما ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا
في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد
وقال زفر رح يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد أما الخطأ في معرفة
اليمين واليسار فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له رح أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير
موضوع فيضمنها قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع
ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات وكان ينبغي
أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رح أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد
إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح ولو أخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عليه ضمان المال
لأنه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن
يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار عند

لو اقام الخارج البينة ان هذا المتاع سرق مني منذ شهر ونصف واقام ذو اليد البينة انه ملك فلان ورثه من ابيه قبل هذه السنة ثم استشريته منه فهذا ادفع عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ... ادعى حمارا انه ملكه سرق منه منذ شهرين فاقام بينة واقام ذو اليد بينة ان هذا الحمار ملكه وفي يده منذ سنة ... لا يندفع ...

خلافا للشافعي رح في الاقرار لان الجناية على ملك الغير لا يظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا
لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم
ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي رح لا يقطع بخصومة الغاصب
والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن
وكل من له يد حافظة سوى المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن
قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه وللشافعي رح بناه على اصله ان لا خصومة
لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رح يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع
لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي
شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود
من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض
كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول
الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان
المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية
الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد
ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رح انه يقطع اعتبارا بما
اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة
قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى
تقديرا واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذا اذا باعها المالك اياه
وقال زفر رح والشافعي رح يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا
العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع
الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك
يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت
قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رح انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رح
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا
بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان
السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة
معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق
فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قاله

بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل
في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما
وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة رح الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر
ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة
ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد
السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رح لا يقطع
ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له قطعت في الوجهين
وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد
على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يؤاخذ بالضمان والمال
لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره
من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه
من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى
مال المولى ولا قطع على العبد في سرقته يؤيده ان المال اصل فيهما والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون
القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف الماذون لان
اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح انه اقر بشيئين بالقطع وهو
على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر
الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين
الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان
الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع
بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا
ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على
صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهذا
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي
يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه
والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي
ولنا قوله عم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان
مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل
لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة
ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه

وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة
فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال
ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها
ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم وادعى السرقة فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق
في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة ليظهر السرقة ولم تظهر السرقة
من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان
مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية فاذا استوفي فالمستوفى
كل الواجب الا يرى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم
في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار
ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش
فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ولهما ان الاخذ وضع
سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله
لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البايع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك
وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا
يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا
كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل
القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او
فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له
ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار
بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا
عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع
كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا
يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا يرى انه غير مضمون على السارق بالهلاك
فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب
المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود فقطع اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح
هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك
لما مر وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا
مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة فان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم
اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم وان قتلوا ولم
ياخذوا مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله
اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات
تتفاوت على الاحوال فاللايق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي
عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع
لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم
او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل
واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت
جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفى الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم
لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف
وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة
فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة
واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد و
الرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر
في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه
والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيتخير فيه ثم قال ويصلب
حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه
الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة
ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف رح انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر
به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال
اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد على جميعهم لانه جزاء المحاربة
وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد
منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة
وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه
الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي
وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة
النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان
شاؤوا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة

يتوقف على رد المال والقطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو
ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان في القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه
سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رح وعن ابي يوسف رح انه لو باشر
العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل
ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم
يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما
ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية
واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن
لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو خصته اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد
واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه ان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا
واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة
ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس
يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رح انه يجب اذا كان خارج المصر
وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع لان
السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر
ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون و
يحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية
على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في الديات وان خنق في المصر غير مرة قتل به
لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي عم في مغازيه قال الجهاد فرض على
الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عم
الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه
وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة
ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع
مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان
لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى
يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود
عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤنا للعمومات
ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا

ولا اقطع لعجزهم فاذا هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد
بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة و
الصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام
للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن فلا
بأس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عم اخذ دروعا من
صفوان وعمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة
او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رض ان النبي عم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان
اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث
وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على
ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب
لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان
بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا
واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم ولا يجوز
ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا بعد ان يدعوه لقوله عم في وصية امراء الاجناد فادعوهم الى
شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري
فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين
او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار
ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عم اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رض ان يغير على ابنى
صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عم في حديث
سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم
ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق
كما نصب رسول الله عم على الطائف وحرقوهم لانه عم احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم
وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا
ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام
وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا
بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز
فعلا فقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض
والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما

الجهاد مبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان
عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها
لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلم
وهو التأويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف
اذا كان قوما يفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ
والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على
ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون
الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي
للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عم لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم
والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في حديث العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول
ولا تقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف وقال الشافعي رح يجالف في
الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عم نهى عن قتل الصبيان
والذراري وحين راى صلعم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احد
هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء
دفعا للشر ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا للشر غير ان
الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه
الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين
فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه
فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله
بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس بقتله لان مقصوده الدفع الا يرى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على
ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى
وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله صلعم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر
سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر
الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى
وان صالحهم مدة ثم راى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين
اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ
تحرزا عن الغدر وقد قال عم في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى

في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر
وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى
نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم
منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى وان راى الامام موادعة اهل الحرب
وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين
حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم
بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي
بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو
منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما بين ولو
اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون
اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع
الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عم نهى عن
بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع
لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا
علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عم امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم
حرب عليه

فصل واذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح
امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى
بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه
لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية
الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ
وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا ويؤدبه
الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا
يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران
تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم
كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة رح الا ان يأذن له مولاه
في القتال وقال محمد رح يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف رح معه في رواية ومع ابي حنيفة رح في رواية
لمحمد رح قوله عم امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا

بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع
ليتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة
وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رح انه محجور عن
القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون في القتال لان الخوف منه
متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه
والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون
لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه
مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل
لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح
انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا
فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلعم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية
وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يحمد من خالفه وفي كل من
ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في
الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي
العقار خلاف الشافعي رح لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير
معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان
فيه نظرا لهم لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به
الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع
اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم
لانه عم قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة
لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء
الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع
الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد
السبب بعد ولا يفادي بالاسارى عند ابي حنيفة رح وقالا يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي
لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا
ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا
والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال يأخذه منهم فلا يجوز في المشهور من المذهب
لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم
الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على

اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي رح فانه يقول من رسول الله صلعم على بعض
الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه مواش
فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رح يتركها لانه
عم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء
ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه
وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار
ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رحمه الله
لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى
على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي هو يقول ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على
مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عم نهى عن بيع
الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد
الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب
الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة
تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند
محمد رح الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب
الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو
المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار
الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رح بعد انقضاء القتال وهو
بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب
او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر في
الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه
وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر
السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف
على عمر رض او تأويله ان يشهدها على قصد القتال واذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين
الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط
رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها
لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين
او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع

رفعته فضل حمولة وبجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل الضرر الخاص ولا يجوز بيع
المغانم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رح وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين
في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث
يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات بعد استقرار الهزيمة يورث
نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه
من الطعام قال رض ارسله ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في رواية اخرى وجه
الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عم في
طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي
لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف
السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا
استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا
الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا
بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز
ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة
وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض
لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احد منهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب
والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام المال بينهم في دار الحرب
اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق
المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة
فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا
احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب
احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه
تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين
عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره
فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها
اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الاخر
وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا يثبت على
العقار عندهما وعند محمد يثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء
خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا فصار كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك

تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية
ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي
فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يكون فيئا قال رح كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف رح
مع ابي حنيفة رح لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال
مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض
في الاصل لكونه مكلفا والاباحة بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان
فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم يثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا
من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث
نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه
اذا لم يقسم وعن الشافعي رح مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة
الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به
ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا
انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير
لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

ويقسم الامام الغنيمة
فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الامام الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عم
قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رح وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول
الشافعي رح لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عم اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق
بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رح
ما روى ابن عباس رض ان النبي عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد
قال عم للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رض ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا
تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل
عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان
النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد عند ابي حنيفة رح
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روي ان النبي عم اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج
الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلعم الا لفرس واحد ولان القتال
لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم
لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق
سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله

وعندكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي اذا كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رح على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان و الحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حالة التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باع بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والمراة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمراة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا كانت فيها منفعة عظيمة للمسلمين ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمل الجهاد فلا يسوي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل تدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال النبي عم يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق

من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة الا يرى انه عم علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل ذلك ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي عم يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رح هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رح سهم الفقراء منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة وان دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل الامام في حالة القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تاكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عم لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل على الثاني لما رويناه وزيادة العناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلب ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها

لم يحل له وطؤها وكذا لا بيعها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح له ان يطأها ويبيعها لان
التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف
قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم
فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء
الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها
بدارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك
دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك
من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه
عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب
الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء
وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عم فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير
شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق
الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل
النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى
ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء تركه لانه
يتضرر بالاخذ مجانا الا يرى انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا ولو اشتراه بعرض يأخذه
بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه يثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان
مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا
لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى
دار الاسلام ففقئت عينه فاخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو واما الاخذ بالثمن
فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد
المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف يضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا
واذا اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم
فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني
بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما
وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا
اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب

ولو باع الحربي ولده ولو مسلم دخل دار الحرب بامان فالبيع باطل لانه باع ما لا يملك مسلم دخل دار الحرب بامان
فاشترى من احدهم او ابنه البيع باطل مطلقا ومتى اخرجه الى دار الاسلام يكون حرا على الاصح متغلب من بلاد
الشرك قدر عليهم ثم اسلموا ايكونون مماليكه ان قدرهم واستذلهم على وجه السخرة ويستعملهم فهم احرار لانه لم يملكهم وان
[illegible] استرقهم واستعبدهم فهم عبيد

انما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه
بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد
لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد
زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع به وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما
بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت
الملك لهم عند ابي حنيفة رح يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة
وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم
وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه
ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه
رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس
ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس
والمتاع بالثمن ان شاء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة
الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع
وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رح ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام
الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق
فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر
وكذا اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا
الى رسول الله صلعم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه
او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق
ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض
لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا
والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم واخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم
الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم
اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل
بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب
على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما

صاحبه ثم خرج الينا وَاستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء
يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام
فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل وَاما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه و
استولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وَكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين
لما قلنا وَلو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما وَلم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها
بالتراضي وَالولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وَاما الغصب فلما بينا انه ملكه
وَلا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وَاذا دخل المسلم في دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا
مسلمين امر برد الغصب وَلم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه وَاما الامر بالرد ومراده
الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وَهو نقض العهد وَاذا دخل مسلمان دار الحرب
بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وَعليه الكفارة في الخطأ اما
الكفارة فلاطلاق الكتاب وَالدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول
بالامان وَانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين
وَلم يوجد ذلك في دار الحرب وَانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وَفي الخطأ
لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين وَالوجوب عليهم على اعتبار تركها فان كانا اسيرين فقتل
احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رح وَقالا
في الاسيرين الدية في الخطأ وَالعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على
ما بيناه وَامتناع القصاص لعدم المنعة وَتجب الدية في ماله لما قلناه وَلابي حنيفة رح ان بالاسر
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم وَلهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به
الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وَخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل وَاذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة وَيقول له الامام ان اقمت
تمام السنة وضعت عليك الجزية وَالاصل فيه ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق
او جزية لانه يصير عينا لهم وَعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين وَيمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها
قطع الميرة وَالجلب وَسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة
لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه وَاذا مكث سنة فهو
ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وَللامام ان يوقت في
ذلك ما دون السنة كالشهر وَالشهرين وَاذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك
ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وَان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه
مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان وَاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان
خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا

لانه قد يشتريها للتجارة وَاذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير
ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح
بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه وَاذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية
لانها التزمت المقام تبعا للزوج وَاذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها
فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام وَلو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند
مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله
على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وَصارت الوديعة فيئا للمسلمين اما الوديعة فلانها في
يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وَاما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة
وَقد سقطت وَيد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وَان قتل وَلم يظهر على الدار فالقرض
وَالوديعة لورثته وَكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وَهذا لان حكم الامان باق
في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده وَما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف
في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها وَالجزية وَلا خمس في ذلك
وَقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة وَلنا ما روي انه عم اخذ الجزية وَكذا عمر وَمعاذ رض ووضع
في بيت المال وَلم يخمس وَلانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة
الغانمين وَبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى وَاستحقه الغانمون بمعنى وَفي هذا السبب واحد وهو
ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس وَاذا دخل الحربي دارنا بامان وَله امرأة في دار الحرب واولاد صغار
وَكبار وَمال اودع بعضه ذميا وَبعضه حربيا وَبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله
فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وَهم كبار وَليسوا باتباع وَكذلك ما في بطنها لو كانت
حاملا لما قلنا من قبل وَاما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده
وَتحت ولايته وَمع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وَكذا امواله لا تصير محرزة باحراز نفسه لاختلاف
الدارين فبقي الكل فيئا وَغنيمة وَان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون
تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وَما كان من مال اودعه مسلما او ذميا
فهو له لانه في يد محترمة وَيده كيده وَما سوى ذلك في اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا وَاما
المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة وَاذا اسلم الحربي في دار الحرب
فقتله مسلم عمدا او خطأ وَله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وَقال الشافعي رح
تجب الدية في الخطأ وَالقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا
للكرامة وَهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وَهي ثابتة اجماعا وَالمقومة كمال فيه لكمال
الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل وَلنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو
مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي

غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا لاعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض
والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال
دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة
في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة
لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما
خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا
معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان
كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو
العامة او السلطان قال عم السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان
موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال
وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب
الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية
ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عم والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولانه
بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها
كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رض حين فتح السواد وضع
الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وكذا اجمعت الصحابة رضوان الله
عليهم على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام
اذا فتح الارض عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها
وقد قدمناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة
الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج
وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على
الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلعم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف
الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء
الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي
بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رح تعتبر بحيزها فان كانت من حيز ارض
الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع
الصحابة رضوان الله عليهم لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع
به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج

الا ان الصحابة رضوان الله عليهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رح ان احياها
ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا
ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي
خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو سبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها
فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل
جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم
المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق
وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها
مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم
اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان
وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رض وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا
توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف
لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا
وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء
كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا يرى الى قول عمر رض
لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز
النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رح لا يجوز
لان عمر رض لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة
فلا خراج عليهم لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم
الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار
الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي
فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا
يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله
لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج
من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين اشتروا اراضي الخراج وكانوا
يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض
الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان
ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم

حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان
في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا
ولهذا ايضا فان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان
عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل الخارج والله اعلم

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع
عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلعم بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز
التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام بوضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على
املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منه في كل شهر اربعة
دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل
شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير
في ذلك سواء لقوله عم لمعاذ رض خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية
انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم
الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين
والانصار ولانها وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانها وجبت بدلا
عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه
كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية
الاية ووضع رسول الله عم الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله عليه
هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب
وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل
واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم
قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين
لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في
حقهم اظهر فاما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين
الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رح يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا
واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رض استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا
وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن
القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج
والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رح انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي
ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رح له اطلاق حديث معاذ رض ولنا ان عثمان رض لم يوظفها

على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولان خراج الارض لا يوظف على ارض
لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على الفقير المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام
الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي
عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا
وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح وجه
الوضع عليهم ان القدرة على العمل ثابتة هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم
انه لا تقتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل
صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا
للشافعي فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض
بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عم ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة
على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت
ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا
عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك
نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمع عليه حولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم
يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رض وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول الشافعي رح وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا
ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل
فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى
وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله
انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات
بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا
ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا
عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب
قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح في
الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من
المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول
فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا
بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول
فاوجبناها في اوله والله اعلم

فصل

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله

لاخصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثهما وان انهدمت البيع الكنايس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعاير فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعاير والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدئ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا على الصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض العهد الا بان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب فاذا انتقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذلك المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية سموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا ان هذا مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عم ان مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى

حكم الزنديق

ولو ارتد والعياذ بالله تحرم امرأته ويجدد النكاح بعد اسلامه ويعيد الحج وليس عليه اعادة الصلوة والصوم والمولود بينهما قبل تجديد النكاح بالوطي بعد التكلم بكلمة الكفر يثبت نسبه ولو زنى ثم اتى بكلمة الشهادة على العادة لا يحل ما لم يرجع عما قال لانه باتيانها على العادة لا يرتفع الكفر ويؤمر بالتوبة والرجوع ثم يجدد النكاح وزال موجب الكفر والارتداد وسب الرسول عليه الصلوة والسلام او واحدا من الانبياء عليهم السلام فانه يقتل حدا ولا توبة له اصلا سواء بعد القدرة عليه والشهادة او جاء تائبا من قبل نفسه كالزنديق لانه حد وجب فلا يسقط بالتوبة ولا يتصور خلاف لاحد لانه حق تعلق به حق العبد فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوق الآدميين وكحد القذف لا يزول بالتوبة مشتمل الاحكام

او سب من الانبياء

المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعتراه شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وقوله عم من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها على الاسلام اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها

قالوا هذا عند ابي حنيفه رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه
بالرجم والقصاص ولنا انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه
ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل
العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم تعمل بالسبب وان مات او قتل على ردته
او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وان مات او قتل على ردته انتقل
ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رح كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر
ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته
الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفه رح
انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن
شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له في حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفه
اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه
لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه
كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي
في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد
سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفه رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال
حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد وان لحق بدار الحرب
مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة
الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة
في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام
كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد
من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه
وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف
وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته
في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته
قال رح وهذه رواية عن ابي حنيفه رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة
وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي
وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب
الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما

كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه
من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين
يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين
منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح
تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه
او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب
بطلت وهذا عند ابي حنيفه رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على
اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق
كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا
مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية
والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه
من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل
الموت لا يرثه فيصح تصرفه الا ان عند ابي يوسف رح تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام
اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا
عما نشأ عليه قلما يترك فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة فانها لا تقتل ولابي حنيفه رح انه حربي مقهور
تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك توقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان
فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة
في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية
وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما
فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج
اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء
قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا
وطي المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه
فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او
لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع لها
لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم
تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال
فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد
عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث

ما لكافر فيما. وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه. وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في حال الإسلام والردة لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفه في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما وعنده مال المكتسب في الإسلام لنفوذ تصرفه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده. وإذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى القاضي بلحاقه فلأنه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى. وإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه دية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رح في جميع ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم يتخلل الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين.

وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فهو لورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة رح فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا يرى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى بطريق الأولى. وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة رح أنه يجبر تبعا للجد وأصله التبعية في الإسلام وهي رواية أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة. قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رح ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين وقال أبو يوسف رح ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي رح إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا ولأنه

يلزمه أحكام تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه أن عليا رض أسلم في صباه وصحح النبي عم إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي على ما مر ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بشوبه ولهم في الردة أنها مضرة محضة بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف رح لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ولأبي حنيفة ومحمد رح أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا تصح ردته لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل.

باب البغاة

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رض فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رح هكذا ذكر القدوري رح في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده رح أن عندنا يجوز أن نبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعا للشر وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة. فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع شرهم دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته. ولا تسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رض يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال. ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليهم وقال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه ولنا أن عليا رض قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى. ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة

ولا استغنام فيهما قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام
ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه لوصول الحق
الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى
مستحقه قال رح قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر
ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ياخذ الامام لانه يحميهم فيه
لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لانه لا ولاية للامام
العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا
من اهل البغي عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم تجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك
وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله
الباغي وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله ان العادل
اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل
لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رح في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد
اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة
ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه
ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا بد
فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة
والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق
الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رح في قتل الباغي
العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى
دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته واذا قال
كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة
على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار
لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا يرى انه يكره بيع المعازف
ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه
ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم
للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رض ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة
فاشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته

فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية
قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت له حق الحفظ لسبق يده عليه وان ادعى مدع انه
ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال
حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه
دون ابطال حق الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح
انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى
به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب
ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه غيره الا اذا اقام الاخر البينة
لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم لقيط فادعى ذمي انه ابنه ثبت
نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت
بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة
او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا
المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلف الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى
في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد الا يرى ان تبعية الابوين فوق
الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط
عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه
وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد
والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر
وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله
اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة
لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال
ولا يجوز تصرفه في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه
اذا كان عاقلا ويملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره
قال رض وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح
وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها
تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون
فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون

مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر
انه اخذ لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه
وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن
والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو
اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالك وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه
مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد
لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانها اسم جنس قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها
اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رح وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه
على حسب ما يرى وقدره محمد رح في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك و
الشافعي رح لقوله عم من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في
لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة
وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما
دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير
ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق
به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفها حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع
الذي اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها
لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى
على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى
المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو
الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها
يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع
لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف
بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه
باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن
المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رح اذا وجد البعير والبقر في الصحراء
فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع
واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك
ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق

الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا
على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين واذا رفع
ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه
من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها
باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في
ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق
يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستاصلة
فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رح في الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون
غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام
للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك
ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة
الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه
رواية وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حيي
بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس
لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك
بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف
الى ان يجيء صاحبها لقوله عم في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عم اعرف عفاصها ووكاءها
ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا
يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة
فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رح
يجبر على ذلك والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد
ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة
لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك
الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عم فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها
اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان
يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده
فاذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع
مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عم فان لم يأت يعني

صاحبها فليتصدق به والصدقة لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم
يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رح يجوز لقوله عم في حديث ابي رض فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا
فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه
ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير بما رويناه
او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير
قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رض كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط
فقيرا فلا باس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى الفقير غيره وكذا اذا كان
الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الابق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه
افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ الابق يأتي به الى السلطان لانه
لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الابق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه
لانه لا يؤمن على الابق من الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلثة
ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس
ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رح لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان
الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب
ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل
اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال
فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الابق لانه لا يتوارى والابق يختفي ويقدر
الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام
الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كان قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رض وهذا
قول محمد رح وقال ابو يوسف رح اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز
الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى ملك
المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد
في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رده بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن
ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الاخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون
بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن
هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رض وذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في
معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الابق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء
الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد

المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل
تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه
عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد
امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه
رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الابق رهنا
فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية
فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل
الدين او اقل منه فان كانت اكثر منه فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون
وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين
وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر
له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعوده
اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت
بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان
رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه
ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي
والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لا خفاء انه يقبض غلاته
والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل
في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس
بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف
في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه
لا يجوز الا اذا راه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر
عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها
لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق
على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل
ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء
حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة
حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى
من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير

لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر
بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا
ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا
ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح
والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير
امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع
بامر القاضي لان القاضي نائب عنه قال فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية
والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت
حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته
وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج
من شاءت لان عمر رض هكذا قضى في من استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة
فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما
الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عم في امرأة المفقود انها امرأته حتى
يأتيها البيان وقول علي رض فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان
المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال
النكاح بالشك وعمر رض رجع الى قول علي رض ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع
مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها
سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رح وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين
والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك
الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي
معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لا يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة
ولا يرث المفقود من احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح
حجة في الاستحقاق وكذا لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب
به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى
اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا
على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى
ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي
الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان

معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى
وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

قال الشركة جائزة لانه صلعم بعث والناس
يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين
يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا بامره وكل واحد منهما في نصيب
صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها
بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز
بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قال والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب
والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود
عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم
هي على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان
يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض
كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة
لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال
والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك
احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة
عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رض وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة وجه
القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان
قوله عم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة
تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما
يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال وتجوز بين الحرين الكبيرين العاقلين مسلمين او ذميين لتحقق
التساوي وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين
الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا
منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم
والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة
ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان
في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي
في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير يصح ولو اشتراها مسلم لا يصح قال ولا تجوز

بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لا يصح المفاوضة لفقد
شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرايط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون
عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة لتحقيق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة
لتحقيق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد
منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما
قايم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه
مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف
من ماله ولا بد من الشرى فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبايع ان ياخذ بالثمن
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا
عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له
تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشرى والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من
الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رح انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب
الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تضمنه المفاوضة
وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء
وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها
لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح
لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة
الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب
له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه
ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان
فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له
ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة والله اعلم

فصل

ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رح تجوز بالعروض والمكيل
والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة
لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن
لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح
ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح

ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا
له في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جايز واما الفلوس النافقة
فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين
بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجوز الشركة
والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف رح مثل قول محمد
والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رح صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل
الناس بها كالتبر والنقرة فيصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وذكر في الجامع الصغير ولا يكون
المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح
رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ
العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل
الا ان الاول اصح لانهما وان خلقا للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لانه عند ذلك
لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا
ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا
خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك
عند ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد رح تصح شركة العقد وثمرة الخلاف تظهر عند
التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رح انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه
يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا
جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن خلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط
من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح
الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف
ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رض وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا يصلح رأس مال الشركة
وتأويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة
قال واما شركة العنان فينعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام او
يشتركا في عموم التجارات ولا يذكرا الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا
ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له اي اعترض له وهذا لا ينبئ عن الكفالة
وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ
المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان التفاضل فيه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان

اذ الضمان بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار بمنزلة
نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم
يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا
واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى اشتراط التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج
العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى القرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه للعامل
او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا الضرب يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه
الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه
الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض
لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه فلا يصح الا بما بينا ان المفاوضة يصح به
للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن جهة الاخر دراهم وكذا من احدهما
دراهم بيض ومن الاخر سود وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما
الخلط شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعم وما اشتراه كل واحد منهما
للشركة طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق
قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا انقد من
مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر
وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت
الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود
عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين
وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي
بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته
وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الاخر لانه امانة في يده بخلاف
ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك
مال الاخر قبل الشرا فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت
الشرا فلا يتغير الحكم بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح خلافا للحسن بن زياد
حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع
على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا
اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الاخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الاخر بالمال
الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة
المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه

وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة
حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة
قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع
على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين
راس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا
فبخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع
التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد
دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم و
الدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل
بالتصرف واذا تحققت الشركة بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة
فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ويصح شركة التقبل قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة
من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد
من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستاجر على العمل
والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه
مضاربة لانها دون الشركة فتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو
رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل
بدون ضمانه في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان
التوكيل بالبيع والشرا من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشرا حيث لا يملك ان يوكل
غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال
باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل
فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال
زفر رح والشافعي رح لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من راس المال وهذا لان الشركة
في الربح تبتني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل
لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان
خلافا لزفر ومالك رح فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين و
المال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد
لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف
لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم
بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضار

وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر
ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت
مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان ما يتقبله
كل واحد منهما من العمل مضمون على الاخر ولهذا يستوجب الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة
في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا
بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما
تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليها
وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رح والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما
وكيل الاخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية فتعين الاول فان شرطا
ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا
فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل
والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا يرى ان من قال لغيره تصرف
في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان
على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست
في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها **فصل** في الشركة
الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه
وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل
لان امر الموكل غير صحيح والوكيل يملكه بغير امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك بالاخذ واحراز المباح
فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو
للعامل وان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه وحمله الاخر
فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في
موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة
والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه
اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا
صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه
اجرها وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر راس المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال
فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي
الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها
تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب

سئل عن جماعة مشتركة في فرس باع احدهم حصته لاجنبي وسلم الفرس للمشتري بغير اذن بقية شركائه
فهلك عنده اجاب الشركا مخيرون ان شاؤا ضمنوا الشريك وان شاؤا ضمنوا المشتري

مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت
صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة
حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدي **فصل** وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر
الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما
فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا
على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الامر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا
يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه
وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المامور علم او لا ولابي
حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر
اخراج النفس عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل
باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي اما دم الاحصار فقد قيل
هو على الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول
الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال
واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه
كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية
دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير
ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف
مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها
للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى
دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة
تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت
فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى يجعل
للوقف وليا ويسلمه اليه قال رض الوقف في اللغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى
وهو في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية
ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في
الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى

فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا
يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قوله عليه السلام لعمر رض حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى
ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل
ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو
المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رح جاء محمد
عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك
والملك فيه للواقف الا يرى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها
الا انه تصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه
الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف
الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع
حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رح قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم
او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه
لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم
المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رح هو بمنزلة الوصية
بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة
من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح بمنزلة
الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رح لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن
التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره
فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق
مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه
لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه
قال رح وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع
جائز عند ابي يوسف رح لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رح لا يجوز
لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع
عند محمد رح ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما
لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية
القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف
لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رح لان
الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت

المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز
بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال
ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه
جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك
وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا
له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رح ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب
تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع
الا ان عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة
الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم
وهذا هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا
وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة
من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض وهذا على الارسال قول
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة
لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع
والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف
فيه تبعا اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف رح
معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة
فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله ويروى ان طلحة رض حبس دروعه في
سبيل الله ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح
يحمل عليها وعن محمد رح انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة
وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص
ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد
التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد منهما
يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا
وقال الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه
العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير
بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار
يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف
لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته

وقيل هي مسئلة مبتدأة يعني الخلاف واقع فيها ابتداء وقال الفقيه ابو الليث في هذه رواية ظاهرة عن محمد الاشبه ذكره في كتاب الوقف قال اذا وقف على امهات اولاده جاز لان الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام ولده حال حيوته يكون له
شرح العيني

اجتمع من مال المسجد شيء فقيل ليس للقيم ان يشتري به دارا للوقف ولو فعل ووقف يكون ملكا له ويضمن وقيل يجوز استحسانا وبه افتى محمد بن سلمة
جامع الفصولين

اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا في معنى الوقف جعلنا الغالب ان الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شرى قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه واخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته به وانما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء اخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الاخرين تجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف والته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه انما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح قال رض ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعده

واذا كان اصل البقعة موقوفة على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقفه على جهة قربة اخرى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لان جهة اذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لان جهة القرابة اذا اختلفت لا يكون البناء تبعا للبقعة فانه ما اذا كانت البقعة موقوفة واستبعها النفس وقال بعضهم يجوز لان جهات القربة وان اختلفت فاصل القربة يجمعها واختلاف الجهة لا يوجب اختلاف الحكم لعدما بات اصل القربة وهذا كما قلنا سبعة نفر نحروا بقرة او بدنة ونوى بعضهم الاضحية وبعضهم جزاء المتعة او القران وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم التطوع جاز لوجود اصل القربات ومثله لو نوى بعضهم اللحم لا يجوز كذا هنا واما اذا وقف البناء على الجهة التي كانت البقعة وقفا يجوز بالاتفاق وعمل القضاة اليوم على جوازه
في الوسائل ومثله في المحيط البرهاني

مؤبد للفقراء سواء ولو شرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح ان الواقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه واشتراطه البعض لنفسه او الكل يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عم كان ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عم نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف باطل وهو بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا رح الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم تبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رح عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رح ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى لسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في المسجد بيت المقدس وروى الحسن

عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل
دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن
ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رح
انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه
يعني له ان يبيعه لومات ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا
بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح انه لا يباع
ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا روي عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه
مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر
قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرر عن حق العباد وصار
خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع
تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح لانه اسقاط
منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد
انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه
ينقل الى مسجد اخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل
ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا يرى ان له ان ينتفع به ويسكن
في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد
الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم
وعند ابي يوسف يزول الملك بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا
استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط و
الشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البير والحوض ولو سلم
الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل
لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم
اليه صح تسليمه اليه والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية
والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا بمكة
سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى
للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز
ولا رجوع فيه لما بينا الا ان الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء
من البير والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف
يريدون بذلك في الغلة للفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة يشمل الغني والفقير

في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت لان البيع
انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما
لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله
بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس
والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل
في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا
لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى اخر المجلس لان المجلس
جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب
وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل
المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الاخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى
وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا
واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي
يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال
حق الاخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها او تحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة
مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة و
الاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معلومة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة
مفضية الى المنازعة فتمنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال
ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلم
انه اشترى من يهودي شيئا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه
مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها ومن اطلق
الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود
مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كانت الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية
الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز
وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند
والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به
من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة

لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء
بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لما انه
يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله
فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام
كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين
له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا
من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح للمشتري الخيار لتفرق الصفقة
عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه
وقت البيع قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذا من باع ثوبا
مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذلك كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما
قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع
قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق
بينهما قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء
اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها
اكثر فالزيادة للبايع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف قال ومن اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة
الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله
شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا
ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر
من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبايع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم
ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء
اخذها بحصتها من الثمن وان شاء تركها لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن
فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع
لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة
لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع
من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في
قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان
الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم

ولا فرق عند ابي حنيفة رح بينما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف رح لبقاء
الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن
ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما
هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز البيع فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا
للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه
بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في الوجه الاول ياخذه
باحد عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء
وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري الحكم
عليه ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي
حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد
الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون
حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه قال ومن باع دارا دخل بناؤها
في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه اتصل به اتصال قرار فيكون
تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا
يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او
شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع لقوله عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا
ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبايع اقطعها
وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه
كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو
التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك
التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال
له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبايع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل
في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه
مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم يصل له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل فكان هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا
منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم
يقل من حقوقها او من مرافقها يدخلان فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به

لانه بمنزلة المتاع قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما
لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري
قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة
في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفه وابي يوسف رح لما
قلنا واستحسنه محمد رح للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي
يزيد بمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير
اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى
الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت
خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان
والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا
معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان
الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن وهو رواية الطحاوي رح واما على ظاهر الرواية
ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز
من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف الاستثناء بالحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه
ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلا
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز
ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا
ما روي عن النبي عم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب
منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه
بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة
الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل قال ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل
فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه
اذ لا ينتفع به الا به واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع
ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم
عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق

به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد
المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري
لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن
اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين
تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا
حاجة في تقديم احدهما في الدفع والله اعلم

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه
ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في المبايعات فقال له صلعم اذا بايعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفه رح وهو قول زفر والشافعي رح
وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز البيع الى شهرين ولان الخيار انما شرع
للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفه رح
ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص
فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفه رح
خلافا لزفر رح هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود
جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم
يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم
يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز الى اربعة ايام
او اكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست
الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفه رح على
اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة وابو يوسف رح اخذ في الاصل
بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر رح وهو انه بيع شرطت فيه اقالة
فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد فيه اولى ووجه الاستحسان
ما بيناه قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا
لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك
في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي
مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري
اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الاخر
لازم وهذا لان الخيار يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له قال

الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك
المشتري يكون زايلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه
فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع
لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك
ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا
دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى
عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد
حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح
لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان
الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لم يردها لان وطيها
بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها يبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط
الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري
حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشرى فيسقط
الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى
البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة
في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم
اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما
من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البايع
عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها ما اذا اشترى ذمي من ذمي
خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه
لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله
ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط
على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما
انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف
فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته مشتريا وهذا نوع ضرر
فيما اذا كان الخيار للمشتري فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا
نقول بانه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان

فسخ

فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي
المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه
لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة
فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث
اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار
قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار
لغيره جايز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز
اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن
العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نايبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما
الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان
لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى
وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النايب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى
لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل
والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما قال ومن باع عبدين
بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد فان باع كل واحد منهما بخمسماية على
انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين
الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار
كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم و
الوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع
معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر
ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين
والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن قال
ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جايز وكذا الثلثة
فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر رح
والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق
والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله
ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع
بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاث لتعيين

من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة
غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار
التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على
هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة
معلومة اية كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين
وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما
او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما
جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت
في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار
فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لانه
ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت
الملك من وقت الشرا فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله
خاصة قال واذا اشترى الرجلان على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح
وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته
لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير
معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات
الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان
بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق
في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة
التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف
السلامة فاذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة للعقد
على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله
الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا
قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه
لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه قال وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان
يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى
الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية قال
ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار

الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع
وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشرى لما روينا
فلا يثبت دونه وروي ان عثمان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت
فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم
اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة رض وكان بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير
موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم
ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن و
الاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على
صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر
الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية
جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان
لا يتفاوت احادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا
اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احادها كالثياب
والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي
ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه
يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا
كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي والكفل في الدواب فيعتبر
رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح
وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع
وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم
يشاهد بيوتها وكذلك اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد
من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة
يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى ظاهرها لا يوقع العلم
بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رح معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشرا
فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لا يتوكل
به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو
يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية

والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالناقص منه
فلا يملك اسقاطه قصدًا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه
وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو
المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول فانه لا يملك شيئًا وانما اليه تبليغ
الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولًا في البيع والشرى قال وبيع الاعمى وشراؤه
جايز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان
يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط
خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح انه اذا
وقف في مكان لو كان بصيرًا لراه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع
العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا
شعر له في الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفه رح لان رؤية
الوكيل رؤية الموكل على ما مر انفًا قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما
لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الاخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده
بل يردهما كيلا يكون تفريقًا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض
وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخًا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية
بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط قال ومن راى شيئًا ثم اشتراه
بعد مدة فان كان على الصفة التي راه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة
وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرًا فله الخيار لان
تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبايع لان التغير حادث
وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا
في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع
منه ثوبًا او وهبه وسلمه لم يرد شيئًا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج
عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف
خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة
ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الايمة السرخسي رح وعن ابي يوسف رح
انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق
العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه
ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه

باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند
البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة
التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال
والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ
ومعناه اذا ظهرت عند البايع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت
بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء تختلف بالصغر والكبر والبول في الفراش
في الصغر لضعف المثانة وفي الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة
وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا ابق فلا يتحقق
عيبًا قال والجنون في الصغير عيب ابدًا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري فيه
او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط
المعاودة في يد المشتري لان الله قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال
والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام
لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب قال والزنا وولد
الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا
يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل
بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل
الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلمًا لا يرده لانه زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض
او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية
البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول
البايع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع
فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارًا بالبايع لانه خرج عن ملكه سليمًا ويعود
معيبًا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع ان يأخذه بعيبه
لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبًا فقطعه فوجد به عيبًا رجع بنقصان العيب لانه امتنع الرد
بالقطع فانه عيب حادث فان قال البايع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي
به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البايع فيصير هو بالبيع حابسًا للمبيع فلا
يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانه لا ينفك عنها ولا وجه اليه معها
لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلًا وليس للبايع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان
باعه المشتري بعدما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلًا قبله فلا يكون بالبيع حابسًا للمبيع

وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه فاك
ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به
والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل
وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت
الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان
الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل الحكمي بالك
وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفه رح انه يرجع
لانه انهاء الملك وان كان بعوض قال فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند
ابي حنيفه رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق
به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا
وانما يسقط الضمان هاهنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب
الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع
استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه
ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع و
القتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشرى ثم هو يمنع الرجوع وان اكل
بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفه رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض
وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى
بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس
بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان
ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر
الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري
لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا
لانه لا يخلو عن قليل فاسد والفاسد القليل ما لا يخلو الجوز عنه عادة كالواحد والاثنين في المائة
وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد
قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء
يمين له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه
صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود هاهنا

الاعتبار فيه
بصلاح القشر

لا يدخل فيه
القاضي

بيان

اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كان بكرا او ثيبا لنقصها الوطء ام لا
وكذا لو قبلها او لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان الا اذا رضي البايع ان ياخذها اشترى جارية
من رجل فغاب الرجل البايع واطلع المشتري على عيب فرفع الى القاضي واثبت الشراء والعيب فاخذها
القاضي ووضعها على يد امين فماتت في يده وحضر البايع ليس للمشتري ان يسترد الثمن من البايع
اشترى جارية فوجدها مفضاة فاراد ان يردها بعيب الافضاء فادعى البايع انه عرضها على البيع بعد ما عثر على العيب وانكر
المشتري هل له ان يحلفه ان كان علم المشتري بعيب الافضاء بالوطء اعني بوطء نفسه او زوجها او اجنبي فلا لانه علم العيب بعين
ما منع الرد العيب وهو الوطء وان كان علمه بالنظر او بالخبر او نحوه فنعم

قاعده
مطلب في دعوى البكارة

بيعان فيفسخ الثاني لا يفسخ الاول وان قبله بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق
ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث
مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض
روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البايع الاول قال ومن اشترى عبدا
فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن
حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه عن النقض فان قال المشتري شهودي بالشام
استحلف البايع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه
على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى
يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن
انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه
وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي
يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه
وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاول في اليمين عند قيامه وقت التسليم
دون البيع ولو لم يجد المشتري البينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع ما يعلم انه ابق عنده يحلف
على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفه رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا
يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير
خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال
العبد الضعيف رح اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان
الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع بعتك
هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار
المقبوض فيكون القول قول القابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض
لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما
لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه
كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رح انه يرده خاصة
والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما
تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة
خلافا لزفر رح هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي

رجل اشترى جارية فوجد بها عيبا فساومه البايع فقال تبيعها مني فقال نعم بطل حقه في الرد
فقال له البايع ارهب به ربح فان لم يشتر وامسك فرده على الفضل بطل حقه في الرد
الفقها فان لم يخرج فرده على لا يبطل حقه في الرد

وعن ابي يوسف اذا اشترى ثوبا فوجد به عيبا
ولو وجد بالدراهم المقبوضة عيبا فقال
قاضيخان

فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة
في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر
قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان
المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان
في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين فهو بمنزلة العبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون
الاخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يرده التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض له ان يرد الباقي
لتفرق الصفقة قبل التمام قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر
الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في
حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هنالك للاختبار وانه
بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس
برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا بد له
منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه يكون رضا لانعدام
ما ذكرناه قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده ويأخذ الثمن عند
ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد
البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب
القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده
وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله
ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار
كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق
في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البايع و
يرجع بربع الثمن وان قبله البايع فبثلثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي
احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده
كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في
الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم
بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم
يسم جملة العيوب بعددها وقال الشافعي رح لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة
لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط
لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا ويدخل في هذه

البراءة

البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو
قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة
السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان
غير مملوك كالحر قال رح هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم
باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع
بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد
ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض
باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول
ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك
عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد
ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر
والخنزير ان كان بدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان قوبل بعين معين فالبيع فاسد حتى يملك
ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة
الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه
متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط
التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه
اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت
قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد
والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها
وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه
لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله ولا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والاظهر هو الجواز والمراد من المدبر المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه
في العتاق وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما
وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة كساير الاموال وهذا لان المدبر
وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق
في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان
حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم
اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما يضم اليهما كذا هذا قال

ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حضيرة اذا كان لا يوخذ الا بصيد لانه غير
مقدور التسليم ومعناه اذا اخذ ثم القاه فيها ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها
بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا يجوز بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو
ارسله من يده فكذلك لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عم عن بيع الحبل وحبل
الحبلة ولان فيه غررا قال ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما
يزداد فيختلط المبيع بغيره قال والصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط
المبيع بغيره بخلاف القوايم لانها تزيد من اعلاه وبخلاف القصيل لانه يمكنه قلعه والقطع في الصوف متعين
فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه صلعم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في
لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع
من ثوب ذكر القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة
لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع وقلع
الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبزر في البطيخ حيث
لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص
وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر
على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة
بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما
لو كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق
لانه عم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية
لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لا يملكه فيكون برا مبتدا قال
ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي
يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة
والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عم عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا
بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع
استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء اما البيع فلانه ورد
على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث قال واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح
ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان
منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يوكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل

يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفه رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح
يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح
وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن
تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عم عنه ولانه لا يقدر على تسليمه
قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين
وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد
العقد اذا كان في يده ان كان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد
يجب ان يكون قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين
ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية
كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد
ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا روي عن محمد رح ولا يجوز بيع لبن امراة في قدح وقال
الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه
يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزوها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص
بمحل القوة التي هي ضد وهو الحي ولا حيوة في اللبن قال ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه
اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا
ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لان اطلاق
الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رح ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة
الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان
يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عم لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما
يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عم
لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة قال ولا باس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها
وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد
قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به
قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان
حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن
بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جايز وبيع مسيل الماء

وجبته باطل والمسيلة يحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول
فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدري
قدر ما يشغله الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل
ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول
لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو
البناء فاشبه المنافع اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا
غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل
الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف
كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت
في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس
والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة
او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي
يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او
بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة
بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلعم ان لم يتب ولان
الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها
من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد
ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد
هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا
او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه
بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة
ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين
الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف
في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده
لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا

يجوز

ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط اربعة عشر البيع واجازته والقسمة والاجارة والرجعة
والصلح عن مال والابراء عن الدين الا اذا علق بشرط كائن وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة
والاقرار والوقف وذكر قاضيخان ان الوقف لا يبطل بالشرط الفاسد ولم يذكر الخلاف والتحكيم وما لا يبطل به
سبعة وعشرون القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية
والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة الا اذا كان الفساد في صلب
العقد واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد وكذا الابراء عنه وعن الجراحة التي فيها القصاص
والصلح عن جناية الغصب وجناية الوديعة او العارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها كفالة او حوالة وعقد الذمة والرد بالعيب
وبخيار الشرط وعزل القاضي وما تصح اضافته
الى المستقبل اربعة عشر الاجارة
وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايصاء والوصية
والقضاء والامارة والطلاق والعتاق
والوقف وما لا تصح اضافته الى المستقبل
عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة
والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح
عن مال والابراء عن الدين فان هذه لما كانت
تمليكات فلا تجوز اضافتها الى الزمان كما لا تجوز
تعليقها بالشرط لما فيه من القمار
من الدرر والغرر

يجوز ولابي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب
الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عم عن بيع وشرط
ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط
وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه
المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان مما لا يقتضيه
العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه
انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد
لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه
والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع
نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع
حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن
من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا
تلف بوجه آخر لم يتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال
قبل ذلك موقوفا قال وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان
يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان
لا يقابلهما شيء يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها
الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع
ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده
بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة
وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به و
الكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن
في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل
يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء
حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا
استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء

فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر
ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البايع او يشركه فالبيع فاسد قال رضه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا
وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع
لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك
الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم
الاصل الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع
فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث
جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد
لانه يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس
في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا
ينقلب جايزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه
الجهالة في شرط زايد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح
وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع
بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان سمى لكل واحد منهما
ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة
وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل
الاول اذ محلية منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين
الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح وهو الفرق
بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر
شرطا للبيع في العبد وهو شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هولاء
موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في
الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه
المبيع وهولاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك
احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرطا للقبول البيع في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط
بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر

البايع

البايع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان
قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض
وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول
بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية
عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت
النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد
فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض
في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء
آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع وهو
الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد تصح استحسانا وشرطان يكون في العقد
عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم
والحر والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل
لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ
امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد لشرط زايد
فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له قال
فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه
والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البايع بخلاف تصرف
المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد فيستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع
قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جايز وعليه القيمة لما
ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع
الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد
شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه
في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها
لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال
ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع

الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال لا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق
الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين
لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة
البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا تبطل بهبة
المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على
الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف
ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح في الثمن
والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقد
وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يتمكن الخبث بعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما
لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة
والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه
اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك
هنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل

فيما يكره قال ونهى رسول الله صلعم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب
غيره قال عم لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة
فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح
ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر لا بأس به الا اذا لبس السعر
على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر
للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من
الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى
وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة
قال ذلك كله يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زايد لا في صلب العقد ولا في
شرايط الصحة قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما بينا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع
من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم
محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عم من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي عم لعلي رض غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت
بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس

بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك
المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب
ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على
مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره فلا بأس ببيع واحد
منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان
المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح
انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد
لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله وانما الكراهة لمعنى مجاور
فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد
صح ان النبي عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جايزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيمة
ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن
الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا
فيبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان
لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح
ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع
الا يرى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا
يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رح ان اللفظ
ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل
عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري
لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول
اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط
لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا
اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة
بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع
عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند
ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول
ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل
لما قلنا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا

وعندهما بيع لما قلنا ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما
يكون بيعاً والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول
لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعاً عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك
الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها لان رفع البيع يستدعي صحتها قيامه وهو قايم بالمبيع
دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد
هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع وكان البيع باقياً

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن
الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان
جايزان لاستجماع شرايط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في
التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عم
لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رض بعيرين فقال له النبي عم ولّني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير
ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه
بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شيء
من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس
المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار
ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته
يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا كيلا يكون كاذباً وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين
والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال فان اطلع المشتري على خيانة في
المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية
اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه
معلوماً والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي
يوسف رح ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة
على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية
قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية
لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت
فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع

الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار
العيب لانه مطالبة بتسليم الفايت فيسقط ما يقابله عند عجزه تسليمه قال ومن اشترى ثوباً فباعه بربح
ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه
بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلاً وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد
منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح
بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في
بيع المرابحة احتياطاً ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة وصار كما اذا اشترى خمسة
وثوباً بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد المأذون
له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة
وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر
عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه
يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف
فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع
وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر رح مع انه يشتري ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية
التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفايدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع
الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطيها
وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن
ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم
ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول
الشافعي رح فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار
مقصوداً بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن
وقد حبسها ومن اشترى ثوباً فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره
وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاماً بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم
يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبهاً بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل
والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام
على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف
ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في
التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا

وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد
الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن
الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه مرابحة
ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة
الثمن فان اعلمه البايع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم
في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح
ونظيره بيع الشيء برقمه اذا اعلم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

فيما ينقل ويحول ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عم نهى
عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان
ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر
المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم
فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله
او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان
النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف
ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع
قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري
لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة
المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما
بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي
حنيفة رح لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك
وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للبايع ان يزيد للمشتري في المبيع
ويجوز للمشتري ان يزيد للبايع في الثمن ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط
يلتحقان باصل العقد وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه
لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن
صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف
مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية

التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به
لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون
الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على
الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة
من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة
يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل
العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة
متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرناه الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة
وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء
فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح
لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم
فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة
والسكنى فيلزم حقا للموصى له

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل
او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رض ويقال القدر مع الجنس وهو
اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد
الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين
بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط
والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة
والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فنعلل بعلة تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم لبقاء الانسان
به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا محضا والحكم
قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع
اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال
التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار
يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا هو الفضل المستحق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره
سد باب البياعات او لقوله عم جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل

في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا
فنقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل يدا بيد جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في
المعيار الا يرى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا
لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز
بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان
مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم
بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية
قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل
فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل
وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء
باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة
الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال
الربوا من وجه نظرا الى القدر والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة
الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران
يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع
بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما من كل وجه فنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وكل شيء نص
رسول الله صلعم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير
والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص
اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي
يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور
اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز
عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في
الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع
بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف ساير المكاييل واذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف
ما وقع على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد
وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر

فيه التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام بالطعام له قوله عم في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا
لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه
القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف
الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عم يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب
القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة
بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم
على ما مر ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لان
الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا يتعين فصار كما اذا كانا بغير
اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما
واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا تعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العقد
فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير
اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده
يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء
الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة
فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق
لا يجوز عند ابي حنيفة رح لا متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق
بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود
قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا
اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق
الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما
ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل
اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير والوزن
الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وكذا العنب بالزبيب على ما قالوا وقالا لا يجوز
لقوله عم حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال النبي عم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عم حين
اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا
جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم
ومدار ما رويناه على زيد بن عباس رض وهو ضعيف عند النقلة قال وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف
والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب

يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر
او الزبيب المنقع بالمنقع وغير المنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك لانه
يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق
الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين
الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر
مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك
الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف
الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته
لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الدهن والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه من الدهن لو كان اكثر
او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا
والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم فاما البقر والجواميس فجنس واحد وكذا المعز مع
الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذا البان البقر والغنم وعن الشافعي رح انهما جنس واحد لاتحاد
المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم
يتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيرا
هما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها
اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة
انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين وان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان
الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جايز في الصحيح ولا خير في استقراضه
عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رح
يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين
المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه
دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة رح وعندهما تعلق به حق
الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار
الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رح لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عم لا ربوا

تفصيل جيد في دعوى الحرية

اقرار العبد للبيع لا يقبل قوله اني حر الاصل بدون البينة وتفسير الانقياد ان ينقاد للتسليم الى المشتري يعني اذا سلمه الى المشتري لا يبالي ويسكت واما السكوت عند البيع لا يكون انقيادا للبيع لان البيع لا يقوم به بل يوجد بالعاقد وقد ذكر في احكام السكوت ان العبد اذا بيع وهو حاضر فسكت ثم قال بعد العلم بالبيع انا حر لا يقبل وذكر رشيد الدين في هذا الباب ايضا اذا ادعى العبد حرية الاصل فالقول قوله مع اليمين لكن لا يمكن للمشتري الرجوع بالثمن ما لم يصر مقضيا عليه وطريقه ان يدعي المولى انه عبده اقر له بالرق ويقيم البينة على اقراره ثم العبد يقيم البينة على انه حر الاصل والاصل في دار الاسلام هو الحرية فمن اجل انه حر الاصل فالقول قوله لانه متمسك بالاصل وعن هذا قلنا ان رجلا لو ادعى انه حر الاصل واقام شاهدين لا تقبل بينته كان القول قوله فلا حاجة الى البينة لكن اذا ادعى انسان بالرق عليه واقام البينة فالآن تقبل بينته على حرية الاصل دفعا لبينة الرق ومن ادعى حرية الاصل ولم يذكر اسم امه ولا اسم اب الام وجد ما يجوز لانه يجوز ان يكون الانسان حر الاصل وان يكون امه رقيقا بان استولد جاريته فالولد علق حرا وان لم تكن الام حرة ولو ادعى حرية الاصل ثم ادعى انه عار عتيقة يسمع ولا يكون التناقض مانعا من الدعوى الى الحرية ولو ادعى على العكس لا يجوز ايضا

بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم
يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له
فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف
جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع
الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا
بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه
منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل
في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه فلا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل
الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق
فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف
ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل
قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف
الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا
للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتري به وقد يتجر فيه فيبيعه
من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت
عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق
ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له
اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال
فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل
فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل
تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع
حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد
ورجع هو على البائع واذا ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف
رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا
قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على
امره واقراره باني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه
على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل
الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين

حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ولا يجعل الامر به ضمانا للسلامة
وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني
قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة
لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل
فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق
وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات
الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه
الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في
هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن
فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان
الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير
امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن
ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف
تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه
نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد بصون كلامه عن الالغاء
وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان
العاقل ياذن في التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما
لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك
كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي
ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن
دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة
عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه
شرى من وجه والشرى لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه
توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجازه المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز
البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح
حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال ومن غصب عبدا
فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك
ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا

ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبايع ثم يجيز البايع وكذا
لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان ولهما
ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة
بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع
لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده
في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرى
على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال
وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت
الشرى فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رح والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت
يد المشتري في يد المشتري والخيار للبايع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق
بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى
البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول
والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده
او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا
بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل
ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له
فيكون المبيع قايما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره فاقام المشتري البينة على اقرار البايع او رب العبد
انه لم يامر بالبيع واراد رد البيع لم يقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرى اقرار منه
بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا اشترط
طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على
اقرار البايع انه للمستحق تقبل وفرق ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره
وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها
المشتري في بنائه لم يضمن البايع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البايع
وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال
ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى

يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع
هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد وان يكون
مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب
الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن
قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها ليرتفع الجهالة
فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب
معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار
التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية
يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم
كما يجوز السلم فيه عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز
عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح
لا يجوز لانهما اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فلا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز
السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة و
التفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر الاشياء يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار
المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا
على منوال واحد وقد صح ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال
ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا
ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه
شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا
من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين
ذلك لا يجوز وقال الشافعي رح يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا
قوله عم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود
في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده
لان السلم قد صح والعجز الطاري على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم
في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو
غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما

وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا
لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير
في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون
مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه
لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه مفضية
الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض
وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا
يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم
ولنا قوله عم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس ولا بد من الاجل ليقدر
على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا
باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل
ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل
بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل
ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل
والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رح قال ولا في طعام قرية
بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه اشار عم حيث قال
ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس
به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط
جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا
جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل
فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل
والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى
تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسألتان ولهما
في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها
زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج
الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال
ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال
كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد
الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار

كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا
لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار
كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رح ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل
على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما
دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان
مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال
وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان
الذي اسلم فيه قال وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو
الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين
لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق
عن دين بدين وقد نهى النبي عم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس
المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او
لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه
غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال
قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام
المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة
منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طار اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال
قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا يرى انهما لو تبايعا
عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم و
المسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم
فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه
فان تقايلا في السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم
لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه
وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال
مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر
والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا فامر رب السلم

بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز
لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة
ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع
بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة
فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم
ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه
لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد
جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر
قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف
ملكه لانه ملك العين بالبيع الا يرى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء
للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء
من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب
عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع
ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها فصار
كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا
ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما
الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع
الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم
صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع
وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء
نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر
حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك
الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو
المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية
بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود
عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا يصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام
محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما

مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم
لم نشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال
في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفه رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه
منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال
المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت
في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس
المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله
وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب
لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفه
القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف
مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم
لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق
على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين
طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه
ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي
صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى
ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا تنضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه
لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او
خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرايط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال
وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه
بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون
العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى
لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه
وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهذا هو الاصح لانه باع
ما لم يره وعن ابي حنيفه رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع
الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان
في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم
المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه

لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفه رح خلافا لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما
بالاتفاق لهما ان اللفظة حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفه رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع
لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى مسايل منثورة
قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع
الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكان منتفيا
ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان
مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء
ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم فيه ان
الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة
في البياعات كالمسلمين لقوله عم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على
العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما
يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من
فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة
من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن
جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان يزاد في الثمن وهو
يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة
فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل الثمن لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها
حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعلى هذا
قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس
ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على
المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب ولم ينقد الثمن فاقام
البايع بينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبة معروفة لم يبع في دين البايع لانه يمكن ايصال
البايع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان
ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه بيعه القاضي
فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق

متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين
فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا احضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا
بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق
الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما
نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله
لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه
اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد
فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يرد مثل
زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسها فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا
وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه
وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة
والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد
ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم
في حجره او ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه
تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه
من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف
هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا
بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا
بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا بد من قبض
العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من
قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان
احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين
احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة

فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان معا في جهة
واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا
المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في
الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا
الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود
الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب باطل لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى
وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين فينصرف
العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل
كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون
متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط
القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية
قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف
مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف فالظاهر
منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل
باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذا لو باع سيفا محلى
بمائة درهم وحليته خمسون درهما ودفع من الثمن خمسين درهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة
وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد
كقوله تع يخرج منهما اللؤلؤ والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد
في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا
لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه
امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت
مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال
ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا
بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع
ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب
في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال
ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رح

لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف
الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير
لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان
امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة
لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بالصرف الى العبد وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا
من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل
مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله
لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب
بصرف الربح كله الى الثوب وطريق التصحيح في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف
الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد
انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم
ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا
فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة
وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها
عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد
ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة
فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف
وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما
اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رح يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان
الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم
وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة
والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار
الجودة واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي درهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب
ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعضها الا
متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها
لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي

رجل تزوج امراة على الف درهم من الدراهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها
كان على الزوج قيمة تلك الدراهم يوم كسدت هو المختار ولو كان مكان النكاح بيعا فسد
البيع والفرق ان الكساد بمنزلة الهلاك وهلاك المبيع في باب البيع يوجب فساد البيع وهلاك
البدل لا يوجب فساد النكاح فيجب قيمتها
م التجنيس

سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة
خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وهو في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين
واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال العبد الضعيف رح ومشايخنا
لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا
ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت
تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين
بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد
ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما
ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع
واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع
لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما
بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في
البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يتعين لانها
اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع
بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه
ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رح عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية
فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب
رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على
ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح انظر وقول ابي يوسف رح ايسر
قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال
بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها
تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين
فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم
من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون
الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا

قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل
فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جايز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي
حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان
جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع
من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراء بازاء الفلوس
قال رض وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في
الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون
بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول
به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد
مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه
او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة
فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه و
بوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه
او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها
بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما
وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه
في معنى على في هذا المقام قال عم من ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة
هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته
لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه
احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء
حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم
مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه
في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر بري الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل
المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق
بري لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرا لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان
التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرا لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد
لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه بري عند ابي حنيفة رح للقدرة
على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرا لانه قد يكون شهوده فيما عينه قلنا ولعلهم فيما سلمه فيه فتعارض

الوهونان ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول بر
بري الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل
وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف
الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال
ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بري فدفعه اليه فهو بري لانه موجب التصرف فيثبت بدون
التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته
صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما
مقامه فان تكفل بنفسه على انه لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى وقت
لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط
لزمه المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل
واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال
بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه
بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف
ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط
وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم
يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يرى انه لم ينسبه
الى ما عليه ولا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضاره
واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر
معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا يجوز الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه
حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله عم
لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها
لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به تصح بالاجماع لانه امكن
ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى
يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة
اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة
وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق

بالكفالة فال والرهن فالكفالة جايزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام
المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجايزة
معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او
بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به
حجة وصار هذا كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا
ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب
الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي
قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ ينعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة
بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه
الضم بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل
ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم
له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما
ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد
منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط
الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان
الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فصح الضمان به فان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل
مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق
على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال
ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق
نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل
عنه بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه
وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف
المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا
صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل

ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث
يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه
حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ
الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه
في الصحيح فان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز
وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه
الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى
شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما
ههنا بخلافه فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل
لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي جميعها على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل
ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف
ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة
لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي
من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب و
انتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع
الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا ينتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو
قال برئت قال محمد رح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى ولا يرجع
الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء
دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل
ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في ساير البراءات ويروى
انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد
الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة
به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان
العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كساير الديون وان تكفل
عن البايع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت
تصح عندنا خلافا للشافعي رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم
الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمرهون والمبيع ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار
والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض
الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها

واذا كان لرجل على رجل دراهم مؤجلة فكفل رجل ولم يسم في الكفالة الاجل فانه يصير كفيلا بالمال الى الاجل فان مات الكفيل قبل الاجل فهي عليه حالة يؤخذ من ماله وان ادى ورثة الكفيل الدين من التركة لم يكن لهم ان يرجعوا بالدين على الاصيل ما لم يحل الاجل ولو لم يمت الكفيل ولكن مات الاصيل سقط الاجل في حقه ولا يسقط في حق الكفيل والكفيل يرجع بما كفل لا بما ادى حتى لو كفل بالجياد وادى الزيوف رجع بالجياد والمامور يرجع بما ادى لا بما امر به
محيط المفتين

فان كانت بعينها لم يصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه
الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما
بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال
جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه
في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما
علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم
ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه
نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق
دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ
فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رح
وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام
الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط
الاصيل لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المال
وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا
كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه
الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين
فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف
ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه
ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه
وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة
الدين المؤجل ولهذا لو ابراء الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث
نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح
فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في
الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رح هو له ولا يرده على الذي
قضاه الكر وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء
الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية

قال للمودع اذا اتلف المودع وديعتك او انكر فانا ضامن او ان قتلت او قبل ابنك خطا فانا ضامن
او ان غصب مالك فلان او واحد من هولاء القوم فانا ضامن صح بخلاف قوله ان غصب مالك انسان
حيث لا يصح وذكر القاضي بايع فلانا على ان ما اصابك من خسران فعلي او قال لرجل ان هلك عبدك هذا فانا ضامن لم يصح
بزازيه

ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل
بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرى للكفيل والربح الذي ربحه البايع فهو عليه
ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع عليه ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض
عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان
لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا
الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالمشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة
عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام
المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم يقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا
في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا
ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة
ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة
بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف
بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء
وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير
مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه
وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا
يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان
الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن
مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة
الاقرار بملك البايع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون
مشروطة في البيع ولا هو اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة
ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب
شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام
المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير
لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن
احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب
صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى

مسئلة التغرير ذكر شيخ الاسلام في اول صلح الجامع اذا قال الرجل لغيره اسلك هذا الطريق فانه امن فسلك واخذه اللصوص لا يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن وباقي المسئلة بحاله يضمن وصار الاصل في جنس هذه المسئلة ان المغرور انما يثبت حق الرجوع للمغرور على الغار اذا حصل ذلك في ضمن عقد معاوضة او ضمن الغار المغرور صفة السلامة وكذلك اذا قال كل هذا الطعام فانه طيب فاذا هو مسموم فهو على ما قلنا محيط برهاني

يعني لا يضمن لم
غير انه يستحق العقوبة عند ابن كمال

ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن قال عن اخر خراجه ونوايبه وقسمته فهو جايز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوايب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رح وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام علي البزدوي رح واما القسمة فقد قيل هي النوايب بعينها او حصته منها والرواية باو وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوايب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين له عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البايع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البايع لان احتمال الاجازة ثابت فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع والكفيل وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نايبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبهما التزام المطالبة فيصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنايبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله على ما بينا فلهذا ياخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاء بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا والقياس انه لا يجوز لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غايب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل بنفسه فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال

كفل المولى عن عبده بدين ثم ابرا صاحب الدين المولى لم يبرا العبد لان المولى كفيل بخلاف الابرا للكفيل لان الابرا تمليك والكفيل لا يصح الا بالتحول عن ذمة الكفيل فلهذا سقط عن الاصيل فاما الابرا فاسقاط محض واسقاط المطالبة بدون اصل الدين صحيح كفل بنفس عبده وضمن ما ذاب عليه وغاب العبد وهو تاجر فان المولى يواخذ بكفالة نفسه فاذا حضر وخوصم وقضي عليه بمال يواخذ به المولى ايضا بزازيه من الكفالة

كفل

ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده والله اعلم

كتاب الحوالة

الحوالة جايزة بالديون قال عم من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح لا يبرا اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توي لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رح باحد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر والحوالة لا تكون اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جايز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة فياخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا يبطل الحوالة باخذ ما عليه

ولو قضى بقضايا وهو مرتش او فاسق ولم يعلم ذلك الا بعد حين قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى ابطلت قضاياه وقال الفقيه ابو الليث اذا لم يعلم المولى انه فاسق ثم ظهر انه جاير فهو معزول وان ولاه وهو يعلم حاله لا يصير معزولا القضاء في غير مكان ولايته لا يجوز والمصر ليس بشرط لنفوذ القضا وبه يفتى من الملخص السرخسي

القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود التي لصة الله تعالى كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر بالاجماع الا في السكران فانه اذا راى سكرانا يعزره ولا يحده وفي حقوق العباد كالمال والطلاق وحد القذف اذا علم في ولايته يقضي واذا علم في حال القضاء علم ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي بذلك وعندهما يقضي

او عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلعم عن قرض جر نفعا والله اعلم

كتاب ادب القاضي

قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رض تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطي ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل لان الصحابة تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رض في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جايرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسال ديوان القاضي الذي كان قبله وهي الخرايط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا ان كان من

مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان
كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين
لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة
لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل
بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال
حق الغير وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل على ما يقوم به البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة
ولا يقبل قول المعزول لما قلنا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره
فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء
وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره
المشرك وهو نجس بالنص والحايض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عم انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى
والحكم وكان رسول الله صلعم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد
لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده
لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحايض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل
بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول
فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم
محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على
العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد
المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة
لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه
يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها
هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا
سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك
حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة
القضاء ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين
فيكره له كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس

وفي المنتقى يقيد المديون اذا خاف الفرار ويحبس في موضع وحش ولا يبسط له فرش ولا يدخل عليه احد ليستأنس وفي الاقضية لا يمنع من دخول الجيران واهله ولا يمكثون من المكث طويلا • وعن محمد رحمه الله لا يخرج في موت ولده والوالدين اذا لم يجد احدا يغسله ويكفنه اما اذا كان ثمة من يقوم به لا يخرج وفي غيرهم لا يخرج مطلقا • ولو جن لا يخرجه الحاكم • ولو مرض في الحبس واضناه ولم يوجد من يخدمه يخرجه من الحبس كما عن محمد رحمه الله اذا كان الغالب هو الهلاك • وعن ابي يوسف رحمه الله لا يخرجه والفتوى على رواية محمد رحمه الله وان كان له خادم لا يخرجه مطلقا • وعن الامام قاضي القضاة في الدين ان المحبوس اذا جلس في السجن متعنتا يضيق عليه الباب ويترك فيه بعض الطعام والماء • المرأة اذا سجن الزوج استحسن بعض المتأخرين ان تحبس معه اذا كان مخوفا عليها واجرة السجن والسجان في زماننا يجب ان يكون على رب الدين

المراد بالمهر المعجل لانه لا يحبس في المؤجل ويصدق في الاعسار وعليه الفتوى

فصل في الحبس

واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة

ولا يحتاج في البينة الى لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبر به ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي ولو طلب المديون تحليف المدعي انه ما يعلم انه معسر حلفه القاضي فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف ابد حبسه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته • وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برأيه ولكن لو سال كان احوط قبل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك ويتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في تلك الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما ...

والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار
ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال
ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة
وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة
لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم
ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب
والختم بحضرتهم شرط خصوصا في زماننا وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير
مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان
يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي
بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله قال فاذا وصل الى
القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي
الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي
سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة
للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود
وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات
او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره
قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة
كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى
كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه
مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

قال ويجوز قضاء
المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على
القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة
الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى
الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه
فيصير الثاني نائبا عن الاصيل واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او
الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض

آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني
كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا
لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين
وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا
لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف
وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في
الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي مسألة
قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا
ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة
لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه
القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه
خلاف ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد
يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان
شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع الصغير قال ويقرض القاضي
اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر
على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي
في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج والله اعلم

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما فينفذ حكمه
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهليته للقضاء ولا يجوز
تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا
باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع
ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية
عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك
الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص
لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز
التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام
وان حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم
ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف
للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا

في المصر قاضيان ووقع الدعوى بين رجلين اراد كل واحد منهما الى واحد منهما فالعبرة لقاضي المدعى عند الثاني وعند محمد لقاضي المدعى عليه وعليه الفتوى وكذا لو تنازع الجندي والبلدي في قضيته واراد كل ان يحكم قاضيه فالعبرة لقاضي المدعى عليه ولا يلي قاضي الجندي الحكم على البلدي وسوق العسكري عسكري
من البزازية

رجل باع عقارا او سلم وامراته وولده او بعض اقاربه حاضر ولم يقل شيئا ثم ادعى على المشتري من كان حاضرا وقت البيع ان العقار له اختلف المشايخ فيه قال مشايخ سمرقند لا تسمع دعواه وقال مشايخنا تسمع دعواه فينظر المفتي في ذلك ان كان في رايه ان لا تسمع هذه الدعوى وافتى بذلك كان حسنا لكون سدا لباب التزوير وان لم يكن له راي في ذلك يفتي بقول مشايخنا لان الفضولي اذا باع مال الغير وصاحب المال حاضر ولم يقل شيئا لم يكن سكوته اجازة وهذا اذا لم يكن السلطان نهى في تقليد القاضي سماع هذه الدعوى والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وتكذيب الحاكم ايضا
من مسائل الاحكام فصل القضاء

بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل
قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء
لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لابد
من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال واذا كان علو لرجل
وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضا
صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما
حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك
يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل
تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى
عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة ينشعب عنها
زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه
للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة
بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح
ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب
الباب قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة
مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي
في يديه ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى
والمدعى فيه وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي
الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة
فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل بينته لظهور التناقض اذ هو
يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها يقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى
الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا كما ذكره في بعض النسخ
لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى
الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع
على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل
وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع
فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى

وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف
والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرج
ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء
ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني
دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر الآخر ان يصدق لان احد العاقدين
لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار
فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو
البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد
انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا يرى انه يقال قضى بباطل
وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك
علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذلك على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين
اعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه تقبل ايضا لان المحتجب
او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن
التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا
زائدة فاقام البائع البينة على انه بريء اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رح انه
تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره
فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال
ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى فلان
خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله هو على الخلاص
وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر
للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل
كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله
ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته
فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات
ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
نعتبره للدفع وما ذكره نعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته

وقالت اسلمت قبل موته وقلب الورثة هم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله
في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال
لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي
فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون
تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول
ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على
الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني
له مكذب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط
به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما اذا ثبت الدين و
الارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في
التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة
الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا
فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشرى ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في
دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج
ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة
او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل
وهذا يكشف عن ان المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل فاقام آخر
البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان قضى له بالنصف وترك النصف الآخر
في يد الذي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي هو في
يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده
بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء للميت مقصودا او احتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده
كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة
معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه
الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على
الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا
وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما
نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك
القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضى له

وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه
عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت
الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون
اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث
ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه
الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من
المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة
من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض
العشرية عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة راجحة في العشر عنده وعند محمد رح لا تدخل
لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال
ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو
مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين
الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم
اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس
وقيل المحترف يمسك قوت يومه وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في
مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم
يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف
انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه
الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف
الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت
النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات
حق لا الزام امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة
من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته
كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لم يهاجر واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع فاستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم
مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعدوا عن قبول هذه الامانة فيضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا
كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل

القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا
باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا
ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه
اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا
بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال
لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب
القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي
الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة
الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا
او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت
منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك دينا فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك
اذا قال قضيت بقطع يدك في حق وهذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل
ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي
بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع
او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا
ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ منه ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا
هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون
والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان
وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله
في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق
القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له
فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله الموفق

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها
لا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقال ولا يأب
الشهداء اذا ما دعوا وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة
في الحدود يخير فيها الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك فالستر
افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عم من ستر على مسلم ستر الله
عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة

على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق
محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه والشهادة
على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث
الزهري رح مضت السنة من لدن رسول الله صلعم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود و
القصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها
الشهادة ببقية الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل
وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال
الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة
الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو
ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل
اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة
فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف
القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه
الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع
المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع ولانه انما
سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط
لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر
يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها
بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع
واما شهادتهن على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال
الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها
الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم
يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون
من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى
غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته

لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق
يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه
اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة
اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء
في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه
الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم
لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رض ولان الظاهر هو الانزجار
عن ما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن
الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارية وان طعن الخصم فيهم
سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بد من ان يسأل عنهم
في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنيه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة
وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان
ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل
ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة
تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن
الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل
جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال
وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف
ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر
ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة
اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال
واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم
عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية
فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في
معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة
فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية
فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة
في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت

بنفسه

بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد
به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون وقال النبي عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع
ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان
النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه
مثل الشهادة على الشهادة فانه اذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده
لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل
ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل
غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم
يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما
اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة
والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي
كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء
لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء
اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم
يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام
تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف
البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق
به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم
وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه
ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك بطلق الشهادة
ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد
على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط
الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء
والوقف وعن ابي يوسف رح انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف
لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا

واعلم ان اسباب الجرح كثيرة منها الركوب في البحر للهند فقد خاطر بدينه ونفسه وسكون دار الحرب وتكثير سوادهم وتشبه بهم لينال بذلك مالا ورجع الى اهله غنيا ومنها التجارة في قرى فارس فانهم يطعمون ... وهم يعلمون ان اكل الربا ... ومنها انه لا تقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون فاذا نابت احدا منهم نائبة اتى سيد قومه فيشهد له سيد قومه ويشفع فلا يؤمن من ان يشهد بالزور
شرح المطول لابن وهبان

فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا يقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح يقبل فيما تجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح تجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة وكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد

والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة قال والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما يقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة ولان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابا من الكباير التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام قال او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكباير وكذلك من يفوته الصلوة للاشتغال بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستخفة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي من مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون اي الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم

قال في المنتقى عبد باعه نصراني من نصراني ثم باعه المشتري من نصراني اخر ثم وثم حتى تداولته عشرة ايد من الباعة كلهم نصارى ثم اسلم واحد منهم ثم ادعى العبد انه حر الاصل واقام على ذلك شهودا من النصارى قال زفر لا تقبل بينته سواء اسلم اولهم او اوسطهم حتى يقيم بينة من المسلمين وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ان كان المشتري الاخر هو الذي اسلم لم تقبل بينته وان كان غيره اسلم قضي بعتقه وترادوا الثمن فيما بينهم حتى ينتهي الى المسلم فلا يؤخذ برد الثمن ولا قبله من الباعة

فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل
الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير
مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف
شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه و
ملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد
به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة
الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من
اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من
السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة
اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تقدح به
العدالة المشروطة ولا يرد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء
للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق
بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رض قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار
كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك رح
لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام
في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال
وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا
اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته
لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو
جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما
بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه
القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا
والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكر
او لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت
عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما
في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر

لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم
لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك السر والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار
المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر
الشهود لم يقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي
كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على
كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال
ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك
المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته
ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان
الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو
عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد
ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع
شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى
ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفه وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس
اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد
شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما
تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة
والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون
ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك
يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان
متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد
احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف
لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى و
العطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة

والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسماية باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال اصل حقي كان الفا وخمسماية ولكني استوفيت خمسماية او ابراته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسماية قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسماية لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسماية وجوابه ما قلنا وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسماية كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جايزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الاخر ثورا لم تقطع وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا تقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشترى بالف وخمسماية فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذلك ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذلك الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المراة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من الجانب الاخرى فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لاحظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن

فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الاجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين فهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل

في الشهادة على الارث قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يديه فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى الى تواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه

بخلاف الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي رح لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار
كالمرأتين ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق
فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك
ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد
من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل
اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له ان يشهد وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع
عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك
لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير
الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على
شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول
جميعا حتى اشتركا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر
تحمل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل
وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير
عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ
الفقيه ابو الليث رح قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد
شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل
لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح
لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رح ان المأخوذ
عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم
وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض
بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا
انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من
تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري

لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة
في الشهادة حدوده كما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة
الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين فلانة
التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا
يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة
وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة
الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة
الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا
نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لما روي عن عمر رض انه ضرب شاهد الزور اربعين
سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان
يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه
يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ
الى الاربعين والتسخيم وتفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى
قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا
شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا والتعزير
والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان
اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفايدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر
على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت
لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا
لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله
فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به
وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره
من بعد قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس
وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان
بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان
وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه
المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه

لانّ التسبب على وجه التعدّى سبب الضمان كحافر البير وقد تسبّبا للاتلاف تعدّيا وقال الشافعي رحمه الله
لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذّر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه
كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلّده وتعذّر استيفاؤه من المدّعي لانّ الحكم ماض فاعتبر
التسبيب وانّما يضمنان اذا قبض المدّعي المال دينا كان او عينا لانّ الاتلاف به يتحقّق ولانه لا مماثلة بين
اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل انّ المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع
من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحقّ وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى
بشهادته كلّ المال وهذا لانّ الاستحقاق باق بالحجّة والمتلف متى استحقّ سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان
رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانّ ببقاء احدهم يبقى نصف الحقّ وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت ربع الحقّ لبقاء الثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحقّ لانّ بشهادة الرجل بقي
نصف الحقّ وان شهد رجل وعشر نسوة ثمّ رجع ثمان فلا ضمان عليهنّ لانه بقي من يبقى بشهادته كلّ الحقّ فان
رجعت اخرى كان عليهنّ ربع الحقّ لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع
فان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحقّ وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وعندهما
على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهنّ وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهنّ الا
بانضمام رجل ولابي حنيفة رح انّ كلّ امرأتين قامتا مقام رجل قال عم في نقصان عقلهنّ عدلت شهادة
اثنتين منهنّ بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستّة رجال ثمّ رجعوا فان رجع النسوة العشر دون
الرجل عليهنّ نصف الحقّ على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثمّ رجعوا فالضمان عليهما دون
المرأة لانّ الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم وان شهد شاهدان على امرأة
بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثمّ رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقلّ من مهر مثلها لانّ منافع البضع غير
متقوّمة عند الاتلاف لانّ التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانّما تضمن وتتقوّم بالملك لانها تضمن
متقوّم ضرورة الملك ابانة لخطر المحلّ وكذا اذا شهدا على رجل بتزوّج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه
اتلاف بعوض لما انّ البضع متقوّم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لانّ مبنى
الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثمّ رجعا
ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثمّ رجعا لم يضمنا لانه
ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقلّ من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتّا او فيه خيار البائع لانّ السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار
اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلّق امرأته قبل الدخول بها ثمّ رجعا ضمنا نصف المهر
لانهما اكّدا ضمانا على شرف السقوط الا يرى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدّت سقط المهر اصلا ولانّ
الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مرّ في النكاح ثمّ يجب نصف المهر ابتداء بطريق
المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثمّ رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية

وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيّا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين
وبين تضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي
لم يرجع على الشاهدين لانه ضمن بفعل باشره بنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة
رحمه الله تعالى خلافا لهما قالا كانا عاملين للولي فرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره
والعناية

العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لانّ العتق لا يتحوّل اليهما بهذا الضمان فلا يتحوّل الولاء واذا شهدا
بقصاص ثمّ رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتصّ منهما وقال الشافعي يقتصّ منهما لوجود القتل
تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لانّ الوليّ يعان والمكره يمنع ولنا انّ القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا
لانّ السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لانّ العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولانّ
الفعل الاختياري ممّا يقطع النسبة ثمّ لا اقلّ من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت
مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لانّ الشهادة في مجلس القضاء
صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل فقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا
فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد
بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح
لا ضمان عليهم لانّ القضاء وقع بشهادة الفروع لانّ القاضي يقضي بما يعاين من الحجّة وهي شهادتهم وله
انّ الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما
على الفروع لا غير لانّ القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمّن الاصول وان شاء
ضمّن الفروع لانّ القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي
ذكر فيتخيّر بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفروع كذب شهود الاصول
او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لانّ ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم
لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انّما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكّون عن التزكية ضمنوا
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله انّ التزكية
اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علّة العلّة بخلاف شهود الاحصان
لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثمّ رجعوا فالضمان على
شهود اليمين خاصّة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا يرى انّ القاضي
يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ رحمهم الله فيه
ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كلّ عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكّل به غيره لانّ الانسان قد يعجز عن المباشرة
بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكّل غيره فيكون سبيلا منه دفعا للحاجة وقد صحّ انّ النبي
عليه السلام وكّل بالشرى حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن امّ سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير
الحقوق لما قدّمنا من الحاجة اذ ليس كلّ احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صحّ انّ عليّا رض وكّل عقيلا
وبعد ما اسنّ عبد الله بن جعفر رض وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فانّ الوكالة
لا تصحّ باستيفائها مع غيبة الموكّل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال
غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لانّ الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة

الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفه رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفه رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة الانابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفه رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفه رح فيه اظهر لان الشبهة لا يمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفه رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شي استحسنه المتاخرون وعليه الفتوى قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشرى او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول وكالوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك

كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة وبالتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفه ومحمد رح لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشرى

ومن وكل رجلا بشرى شي فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر الى رايه فاي شي يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشرى عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة اي الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم

لما يدب على وجه الارض وفي العرف ينطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشرى ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثر الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشرى الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البايع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشرى عشرة

واعلم ان كل من يكون العين في يده امانة اذا ادعى رد العين الى صاحبها او ادعى الموت او الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق كالمودع والمستعير والمضارب والمستبضع والمستاجر والوصي والاب في مال ولده والوكيل والرسول والمتولي والقيم والدلال والسمسار والبياع والمرتهن والعدل والملتقط واخذ الابق والشريك مطلقا والمساوم اذا لم يكن الثمن مسمى منهما وامين القاضي وامير العسكر والحاج عن الغير والاجير الخاص والاجير المشترك ٢٥

ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره بشرى عشرة ولم يامره بشرى الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشرى العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله بشرى شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشرى عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرى للموكل او يشتريه بمال الموكل قال هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق فان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشرى لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للامر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشرى عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استيناف الشرى فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها للامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشرى عبد

بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالإجماع لأنه
أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك
الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان
فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره فإن فلانا يأخذه لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار
فإن قال فلان لم آمره لم يكن له لأن الإقرار يرتد برده قال إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه
العهدة لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت
المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس
لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ومن أمر رجلا بأن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم لهما
ثمنا فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق [illegible] وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن
الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء فعند أبي
حنيفة رح إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما
وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل
منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف
قبل أن يختصما استحسانا لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت
الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها وقال أبو يوسف ومحمد رح إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما
يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف
وهو فيما قلنا ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له
على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع
يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى وإن أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل
أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف
ومحمد رح هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما
أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين
ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر
لأن يد الوكيل كيده ولأبي حنيفة رح أنها تتعين في الوكالات ألا يرى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها
أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين
من غير من عليه الدين بدون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو
يكون أمرا بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت
بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق
لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله

إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده إذا
كانت تساوي ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة
وهو منكر فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة و
الأمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن قال وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أما إذا كانت
قيمته خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان
منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى
بينهما فيلزم الجارية المأمور قال ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال
الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه
قيل لا تحالف ههنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى هو غائب فاعتبر
الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء
الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الإمام
أبي منصور الماتريدي رح وهو أظهر **فصل** في التوكيل بشراء نفس العبد قال
وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه
فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق
ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا
أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم
يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له
والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء
بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين
يتوجه المطالبة نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى
عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي
عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع
فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي
به المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله
ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا
بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه **فصل في البيع** قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له
أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رح وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد
لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان
مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة
فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل
والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم
والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف
البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرى الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع
بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لا يملكه الاب والوصي وكذلك المقايضة بيع من وجه شرى
من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة
والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي
حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي
لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شرى من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشرى يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها
ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره
على ما مر حتى لو كان وكيلا بشرى شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح
اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة
ولا كذلك الوكيل بالشرى لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل
في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل
في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا يرى انه لو باع الكل بنصف الثمن يجوز عنده فاذا باع النصف
به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان
يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق
فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشرى عبد فاشترى نصفه فالشرى موقوف فان اشترى باقيه
لزم الموكل لان شرى البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه
شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق
والفرق لابي حنيفة رح ان في الشرى تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح
فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرى صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال
ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء

ولو قال القابض اني اريد يمين الغريم بالله ما وكلني الطالب بقبض المال يحلف لانه لو نكل حتى صار مقرا لا يبقى للغريم حق الرجوع عليه فكان له ان
يحلف لرجاء النكول يحلفه على العلم بالله ما يعلم ان صاحب المال وكله لانه تحليف على فعل الغير فيكون على العلم فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء اذا وجد
بالمشتري عيبا واراد ان يرد فاراد البائع ان يستحلفه بالله ما يعلم ان الموكل رضي بالعيب فانه لا يستحلف وان كان الوكيل لو اقر به لزمه
ويبطل حق الرد وكذا الوديع اذا ادعى البائع على الآمر ان الآمر رضي به واراد تحليف الآمر لا يستحلف الآمر وان ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه وكذا
اذا وكل رجل رجلا بقبض الدين والخصومة فيه فادعى الغريم ان الموكل ابراه فانه لا يستحلف وان اقر بذلك [illegible] الغريم ووجه
الفرق ان فائدة اليمين النكول والنكول اقرار فيه شبهة فلا يجعل حجة تتعدى الى الغير بل يقتصر على الغريم مع الرجوع على الوكيل
قاضيخان

القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم
يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر
لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء
وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع
والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان
رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد
العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال وان كان ذلك باقراره لزم المأمور لان الاقرار
حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكان السكوت او النكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او
بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع
جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار
فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب مما لا يحدث مثله
والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس
له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد
وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال
المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق
قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة
العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى
رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق
بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند
ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ
بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق
وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل
بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض
اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

قال واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف
فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل
رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة
واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيهما متعذر للافضاء الى الشغب
في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او عتق
عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير

محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموتهما وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فيكون اولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فتبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح والله الموفق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون

تقضى

تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشرى والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشرى لا يكون خصما قبل مباشرة الشرى وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى لو وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر ووجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى ووجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناول ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رح ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه

فينعدم بانعدام لازمته وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد
بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب
في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر
الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك
قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم
يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو
مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون
عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على
الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا
اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع
حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على
رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه
ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقرار بمال الغير بخلاف الدين فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه
المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى
الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من
اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع اليه المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال
ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب في جارية
فادعى البائع رضاء المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك
باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض
على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد
فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان
القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان
حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرى والحكم فيه ما ذكرناه وقد
قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس
والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرى فاما الانفاق يتضمن الشرى فلا يدخله

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة
حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه
من ابطال حق الغير فصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه
جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال
الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا
اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه مطبقا ولحاقه
بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل
بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال
محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول
ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب
بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه
وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان
ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه
او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة
يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف
على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه
لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال
وهذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع
اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية
التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو
عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انه تعود كما قال في
الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى
قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ
ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او وكله بتزويج امرأة
او بشرى شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع
فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها وابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة

الفصل في الصور التي تسمع فيها الشهادة بدون الدعوى

وكذا الوكيل ببيع عبد فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه
لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه
اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في
الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه
كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا
تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلف
عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج
والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه
من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر هذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة
فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا
معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق
فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان
الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف و
يتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره
ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن
حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة
العين وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الانوثة والذكورة قال فان ادعى عقارا حدده وذكر
انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان
العقار يعرف به ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي
حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا
خلافا لزفر رح لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابع لانه يختلف به المدعي ولا كذلك بتركها وكما
يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه
لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل
لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما
بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه
يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في
المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب
الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال

المدعى عليه لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه
وان انكر سال المدعي البينة لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة
فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب
يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم
يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث
المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة
بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره
الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البينة على المدعي
واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء
وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى و
قال الشافعي رح تقضى بينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح و
دعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا
لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل
عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول
والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع
عن اليمين الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه
ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر
عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي ان يقول له
اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم
اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف
لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا
وهو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه
حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد و
النسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على
ما قدمنا فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ

بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفه رح انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود
وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفايدة الاستحلاف القضاء
بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة
وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع [illegible]
المال عين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيان الضمان ويعمل فيه النكول
والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامراتان قال واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا
كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت المراة الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال
بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع
في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب
والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص
وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح لزمه الارش
فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان
امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان
وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفايدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد
للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس حتى يحلف بركا
في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب
نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جايزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان
عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد
الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي
عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم
لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل
لعدم الفايدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس
القاضي وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة
على ذلك اضرارا به لمنعه عن السفر ولا اضرار في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في
كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله دون غيره
لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله

والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ
على هذا وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة وان شاء القاضي
لم يغلظه فيقول قل بالله او والله وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وتغلظ على غيره وقيل تغلظ في الخطير
من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ
للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال
ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى
عليهما السلام لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم
الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى فيغلظ على كل واحد منهما
بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد رح في الاصل ويروى عن ابي حنيفة
انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى
تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة
باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت
عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان
لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف
حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم
فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك
رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم تفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم
في الحال لانه قد يطرى عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت ولا
يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو
حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما على قول ابي يوسف رح يحلف
في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل فقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان
انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع
برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك ان تدعي
مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل
يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب
بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة
واللحاق وعليه باللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه اخر استحلف على
علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود

المطلق لليمين اذ الشرى سبب لثبوت الملك وضعًا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او
صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رض وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدًا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى
البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضى له بها لان
في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة
اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع
اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة
قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ
فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم
المبيع بما نقد والبايع ينكره وكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري
لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بتحليفه لكنا عرفناه
بالنص وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشتري
وهذا قول محمد وابي يوسف رح آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا
لانه يطالب اولا بالثمن او لانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البايع يتأخر المطالبة
بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبتدأ بيمين البايع لقوله عم اذا
اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين
او ثمن بثمن بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين و
يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح
الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له
قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما
ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا
بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه
جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في
شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود
به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى

نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن
موجود بعد مضيه قال فالقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط و
القول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول
للمشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع
عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب له ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه
وورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها
لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما
يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا
فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له
مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي
حنيفة رح الا ان يشاء البايع ان يأخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد
في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان
هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك
فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها
فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد
من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك
حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في
الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ
يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء
الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير
التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم واذا اختلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما
يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول
ابي يوسف رح والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع
وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
حلف يفسخ العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض

وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رح قال

ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال

ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضى بما ادعت المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعت المراة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية

اذا كانت

قوله وما يصلح لها كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار انتهى عبارة الشيخ اكمل الدين كذا في جمع شروح الهداية وفي الكافية وان اختلف الزوجان في البيت الذي يسكنان فيه كل واحد يدعي انه له كان القول فيه قول الزوج فان اقامت المراة البينة او اقاما جميعا يقضي ببينة المراة لانها خارجة معنى ولو كانت الدار في يد رجل وامراة واقامت المراة بينة ان الدار لها وان الرجل عبدها واقام الرجل البينة ان الدار له والمراة امراته تزوجها بالف درهم ودفع اليها ولم يقم البينة انه حر فانه يقضي بالدار والرجل للمراة ولا نكاح بينهما لان المراة اقامت البينة على رق الرجل والرجل لم يقم البينة على الحرية فيقضي بالرق وان قضي بالرق بطلت بينة الرجل في الدار والنكاح ضرورة القول قول الرجل في الدار وعلى المراة البينة

اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدي بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدي بيمين المؤاجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمراة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالانية فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح

ولو ادعى الكفيل اولا وادعى ان لي على فلان الغائب كذا وانت كفلت بمال عنه بامره واقام البينة عليه ... وينتصب الكفيل خصما عن الاصيل بخلاف الاصيل فانه لا ينتصب خصما عن الكفيل
من الخزانة

... حتى قضى القاضي للمدعي ينفذ قضاؤه ولو اراد بعد ذلك ان يقيم البينة على الايداع لا تقبل ... واقام انه كان وديعة في يد ذي اليد تقبل ويبطل القضاء ولو لم يقم بينة حتى صار خصما واقام ... ثم وجد صاحب اليد بينة على الوديعة تقبل
من خزانة المفتين

وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة عليه لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر به شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة بتوفيق الله تعالى وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما فان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اسقط الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا

وفي الخلاصة اذا ادعى الدين وادعى المدعى عليه الايفاء يأمر بالاداء ثانيا قياسا على هذه المسئلة ادعى انه غصب من رجل جارية ولم يذكر قيمتها تسمع دعواه ويؤمر برد الجارية وان عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة قول الغاصب

او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلعم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان اما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقر لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال فان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع وان ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى

ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشري اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح
ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن
اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها يثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء
والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة
وكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب الاقدم اولى لانه اثبت
انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه قال ولو ادعيا الشرى من واحد معناه
من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرى من اخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما
فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم يوقت الاخرى
قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا
كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له به حتى
يتبين انه تقدمه شرآء غيره ولو ادعى احدهما الشرى من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث
الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل
كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب
اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد
وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك
فكان التقدم والتاخر سوآء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص
في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما
دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب
الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرى اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما
ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى
هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك
الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى لانه امر
حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد

كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة
ذي اليد باليد فيقضي له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده
لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقاما البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة
اقامتهما على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك المطلق والاخر على النتاج فصاحب
النتاج اولى ايهما كان لان بينته على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى
من خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضي له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك
النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى
النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج
بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى
اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول
عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد
البينة على الشرى منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه
وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشرى منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشرى من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح يقضي بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه
اشترى ذو اليد من الاخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشرى اقرار منه بالملك للبايع فصار كانهما
قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن
القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد
الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على
نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع
لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار
ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل
القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل
القبض فبقي على ملكه وان اثبتتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت
صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم
ثم وصل اليه بسبب اخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل

شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال
فاذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة
ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا لطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع
الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا
فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد
فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظاير واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات قال
ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج
في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده
سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال
واذا تنازعا في دابة اقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت
فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح
لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كان في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه
البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى
لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب
اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه
حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو
بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا واذا كان ثوب في يد رجل وطرف
منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق قال واذا كان
الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان
فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي
في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى
الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع
او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب
الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر
كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا
شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار

للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي وليس
للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها
بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي
رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما
نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول
ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق
الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى
الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني ان الحائط
بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه
لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد
الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان
ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما
لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما
البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود فلا يستحق احدهما من غير حجة وان اقاما البينة
جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال
فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع
فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع فيه
ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان
في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى ووجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة
على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت
الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير
حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت
العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه
لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل
على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه
وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل
من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم
يوجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في
المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به

لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته
الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت
النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها
تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله
حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام
لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع
الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه
باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول
قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد
وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في مستولدة بالنكاح وفي الفصل
الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه
لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة
والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول
يرد عليه بحصته من الثمن عندهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا
ولد عنده وباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه وبطل البيع لان البيع يحتمل النقض
وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام
او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوى لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة
بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت
النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد
التوامين يثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وذلك
لان التوامين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل اقل
من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه
المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة
العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه يثبت حرية الاصل فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل
فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشتري وشراه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد
واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وههنا يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل
فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه

دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن
عبدي فلان الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما
ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا
ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري وكذبه البايع ثم قال
انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم
يصدق ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير
الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد
بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب ولد صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا
لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد
برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من
جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف
النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه
اقرار بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو
عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا
اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم
بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم
اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد
امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا
بالحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد
اما النسب فيثبت بالفراش القايم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب
منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو
ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه
ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش
بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول
كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت منه
ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم التخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة

معتمداً على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق فولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة ولان النظر
من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ثم الولد حاصل في
يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم
المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالاً لان الارث ليس ببدل عنه والمال
لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته
لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حياً ويرجع بقيمة الولد على بائعه
لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على
البائع والله اعلم

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ
بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم
لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلعم ماعزاً الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو
حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون
وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره
عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته
وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ
والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا لانه
ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا
لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن
ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان
التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن
الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول
قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما
بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على
العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل
والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو
قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني
عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع
به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير
فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة

رجل قال في صحته جميع ما هو داخل منزلي لامرأتي هذه ثم مات صح اقراره قضاء فان علمت المرأة بسبب من اسباب الملك من بيع او هبة كان
لها ذلك والا تسعها الاقرار لا تملك فاصح في كتاب الاقرار

النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من فن سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة
لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب
مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع ويقال
عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة
لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا
درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك
من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين
بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم
لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة وواحد
وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين
لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق
لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال وفي نسخ
المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن
الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في
صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة
فيثبت اقلهما ولو قال له رجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد
قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف
التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون
في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة
لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر
بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال و
ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه
صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على
المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع
في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدراهم معطوف
عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو
الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله
وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال
ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال

احد الورثة او بالدين قيل يلزمه كله وقيل يلزمه حصته يعني اذا ادعى رجل دينا على ميت واقر بعض الورثة به ففي قول اصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندي ان يؤخذ منه بالحصة من الدين وهو قول الشعبي والبصري وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم نفيا بالتهم وبهذا القول ناخذ لنفي الضرر وذكر شمس الائمة الحلواني ايضا قال مشايخنا سا زيادة شي في لا يشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره اذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي ويظهر ذلك فيما ذكرنا في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانه تقبل ويسمع شهادة هذا المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا يقبل شهادته لما فيه من المغرم قال رحمه الله وينبغي ان يحفظ هذه الزيادة فانها فائدة عظيمة

مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال على ثوب في ثوب لزماه لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فيتعذر حمله على الظرف فيتعين الاول ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له على من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مر الدلائل في الطلاق

فصل في الحمل

ومن قال لحمل فلانة على الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له على الف مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال

رجوعًا الى كلمة علي وانكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او
طارية بان اشترى عبدًا ثم نسيه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمنع وجوب نقد الثمن
واذا كان كذلك كان رجوعًا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه
شي وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول
المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببًا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه
لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانًا
مغيرًا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعًا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع
القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال
لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل
لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شي
لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله قلنا ذلك
تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او
نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال
مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال
لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان
اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا
الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة
عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله
الا انها وزن خمسة يصح استثناؤه لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء
في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد
لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل
لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف
مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم
الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل
لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع
فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف رح انه

لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص
بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن
الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص
كذا لم يصدق ان فصل وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة
لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول
قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا
بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول
اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبريه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون القول له مع اليمين
وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين
والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول
قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا
للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر
بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض
والاخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه
ياخذها لانه اقر باليد له فادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال اجرت دابتي هذه
فلانا فركبها وردها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا
الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي
فهو على الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد
في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما
وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع
اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه اخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان
اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها
كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على
ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الاخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع
الطرف الاخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه
او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه

رجل ادعى على وارث رجل مالا واخرج صكا باقرار المدعى عليه بالمال وادعى الوارث ان المقر له قد رد اقراره وطلب يمين المدعى على ذلك كان له ان يحلفه لانه ادعى عليه ما لو اقر به يبطل دعواه ولو قال الوارث قد اقر لك الميت تلجئة قال بعضهم له ان يحلفه لانه لو نكل يبطل دعواه ولو ادعى ان المقر كان كاذبا في اقراره لا يقبل منه ذلك

من الدين مقاصه والاخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا والله اعلم

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم معروف الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه بالبينة قال فاذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار للاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه

اذا اقر الرجل لوارثه ومات واختلف المقر له والورثة فقال المقر له اقر في الصحة وقال الورثة في مرضه فالقول قول الورثة ولو اقاما البينة فبينة المقر له على الصحة اولى وان لم يكن له بينة له ان يحلف الورثة اذا اقر الرجل انه كان اقر وهو صغير لفلان بالف درهم وقال الطالب بل اقررت بها وانت بالغ فالقول قول المقر مع يمينه رجل قال لاخر اخذت منك هذا الثوب عارية وقال الاخر اخذت مني بيعا فالقول قول الاخر وهذا اذا لم يلبسه اما اذا لبس فهلك فيضمن ولو قال اخذت منك هذه الدراهم وديعة وقال الاخر اخذتها مني قرضا فالقول قول المقر ولو قال اقرضني فلان الف درهم وقال الاخر بل غصبتني فالمقر ضامن وان كانت الدراهم قائمة فللمقر له ان ياخذها ولو قال لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال صاحب المال اخذتها غصبا ضمن المقر ولو قال اعطيتها وديعة او دفعتها الي وديعة وقال صاحب المال بل اخذتها غصبا لا يضمن المقر

لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب يستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها يقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلتها حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت

نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه
والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى
لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر
احدهما ان اباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما
تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم
على المقر ويؤدي الى الدور والله اعلم

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع
انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان
البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا
رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح
على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه
في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال
وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في
البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما
فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل
لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل
وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهي تمليك المنافع بمال والاعتبار في
العقود بمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن
السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما
بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار
ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار
لم تجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة
المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا
عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان
الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة
مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه
رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه

فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه وان استحق بعض
ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض وان استحق المصالح عليه
وكان الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح
عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى
وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له
ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب
في الاستحقاق في الفصلين قال فان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار
لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك
عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان
ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح
فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح
والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن
قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رض
انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما
مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على
خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي و
يجب مع السكوت حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح
عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل
في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة
بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في
موضعه واما الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة
على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة عليه بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز
الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير
الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا
عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق
بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين
فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض
عن دعوى غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز

الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصلح واحد على الانفراد عنه ويدخل في
الطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته
على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على
زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا
في دعواه قال وان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رض هكذا ذكر في بعض نسخ
المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك
الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان
عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه
جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح
على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا
انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد الماذون له
رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز وجه الفرق ان رقبته ليست
من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصه بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من
تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه
قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب
هو القيمة وهي مقدرة والزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي
حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله
صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان
اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين
رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق
اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون
دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على
عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه
والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه
من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان
يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع

فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره
فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو و
الاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه
كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي
في يديه لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا او منكرا وكذا اذا قال صالحتك
على الف هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد استلزم تسليمه
فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد
لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف
وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي
يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته
قال ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم
صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه
التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه
بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل
نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا اجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد
المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على اخر الف
درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على اخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وصار كانه ابراه
عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه
الى الربوا فيجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في المسئلة الثانية ولو صالح على
الف مؤجلة جاز وصار كانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة
لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله
على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت
له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون
بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة
بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة
وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله
قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح عن قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر
بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على

امراة ادعت ميراثا قبل ورثة فلان وسوى زوجها فجحدوا انها امراة الميت فصالحوها على اقل من حصتها من الميراث والمهر ونصيبها من دراهم التركة اكثر من بدل الصلح فالصلح جائز ولا يحل ذلك للورثة اذا علموا ذلك فان اقامت المراة البينة بعد ذلك انها امراة الميت بطل الصلح
تاتارخانيه

الصلح عن دعوى النكاح جائز

مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة
وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد اولان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن كان له على اخر
الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بري من الفضل ففعل فهو بري فان لم يدفع اليه الخمسمائة
غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفه ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا
يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا
عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط
فيفوت بفواته لانه بداء باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح
منه وكلمة على وان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل
على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة
وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال
صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك
على حالها وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة
من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا
واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به
بخلاف ما اذا بدا باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث
انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بري
من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه اذا
لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلا يتقيد بل يحمل
على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت
الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا و
تعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح
الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه
لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

قال واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار
ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين
واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض
لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير
كزيادة الثمرة والولد وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين
حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك

ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما و
قيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان
نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له
حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين
كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان
يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين
لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض
والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب
في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله
ان يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما
في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض
بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت
قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالابراء المطلق
ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا
وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح
والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد واذا كان السلم بين شريكين
فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفه ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز الصلح
اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة
يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر بخلاف شرى العين وهذا لان
المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في
المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا
هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على
الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه
اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر
عثمان رض لانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار
قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف
الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة
ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد

القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه فيكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوه عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي عم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة بثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر

فيصير مضاربة بالقرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا يرى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلطة بمال نفسه فيدخل تحت

هذا القول قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها
لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك
البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من
الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق
وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم
شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح
ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما
شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح
التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في
السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا
او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء
للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة
فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان و
تبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان يشتري بها من
اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من
غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد
عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك
بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض
كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال
ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه
ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان
اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن
في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم
بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته
في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره

ولا يحل للمضارب وطء جارية المضاربة سواء كان في المال ربح او لم يكن وسواء اذن له بذلك او لم يأذن ولا يحل لرب المال وطؤها اذا كان في الجارية فضل لا يحل له الوطء والدواعي كذلك لان الجارية مشتركة بينه وبين المضارب وان لم يكن في الجارية ربح ذكر في كتاب المضاربة الكبيرة انه ليس له وطؤها وذكر في المضاربة الصغيرة انه له ان يطأها ح

ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع
المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم
بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين
وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه
وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كما ان المضاربة
اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن
ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق
فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك
كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في
بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه
ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعى الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين
لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض
رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه
مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش
الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية
ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا
استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى
غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال في ذلك لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح
فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا
عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن
ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان
الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان
الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد
اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة
لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب
يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على
اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع

وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذا وبين مودع المودع ان المودع الثاني
يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف
بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول
بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما
شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل
يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال
فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني
وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب
الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من
جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف
تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب
لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف
درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي
بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض التصرف اليه وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول
وقد رزق الثلثين فهو بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان
قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال
فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان
قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر
مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل
لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني
بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط
للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول
للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال
لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء
به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب
بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة
خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذه ما اودع العبد

وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم
والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت
المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان
كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي
وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين
صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف في العزل والقسمة فصل فان
واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة
وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله
ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل
لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان
المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا يتوقف في ملك رب المال فبقيت
المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه
وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها لا يمنعه
العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض بالبيع
قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت
حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه
ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رض وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال
فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا
لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها
قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة
الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع
به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله
كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له احل رب المال مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة
وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك
من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى
كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان
كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال
رأس ماله لان قسمة الربح لا يصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا
هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه

اذا اختلف رب المال مع المضارب فقال المضارب رددت عليك رأس المال بعد ما اقتسمنا وانكر رب المال كان
القول قول رب المال وان اقاما البينة بان اقام رب المال على ان المضارب اقر انه لم يرد عليه رأس المال واقام المضارب البينة
على اقرار رب المال انه رد عليه رأس المال فهذه على وجوه ان ارخا وتاريخ احدهما اسبق من الآخر يقضي للآخر تاريخين
وان ارخا وتاريخهما سواء او اطلقا يقضي بينة المضارب
ح فصل دعوى المنقول م
دعوى قاضيخان

اخذ لنفسه وما اخذ رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما
لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال
لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب
انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل

فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان
يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار
اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري
سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان يأذن العبد المضاربة في التجارة في الرواية
المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك
ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه
لا يملك ذلك اما عند ابي يوسف رح فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك
الاقالة فلو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال
اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله ثلثة انواع نوع يملكه
بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع
والشرى للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع
والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو
ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال
المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة
فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة
وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص
عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال
السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا بشغل ذمته
بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ
السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس
بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة
وعن ابي يوسف رح انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت
المضاربة كنا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع
فهو على المضاربة وقال زفر رح يفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه ولا يصلح وكيلا فيه
فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف

شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح
لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى
قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب
في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شرى وكراء
في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر
ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه
يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد
فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع
قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون
السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله
فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما
ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة
فيه كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين
التجار قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح
بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة ووجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع
والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ
رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا
يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في
المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها
بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على
ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له
حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به
ولهذا لو فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل
برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

فصل آخر

فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها
بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة
والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال هذا الذي ذكره
حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف و
خمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى
بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا

القرض اولى او عقد المضاربة الجواب ان كان المال هالكا في يد المدعى عليه فيريد رب المال تضمينه بسبب ما يدعيه من انه قرض
... ان كان المال حصل له الربح فيدعي رب المال انه مال المضاربة وان له حصة في الربح وانكر المدعى عليه ذلك
وقال انه قرض وان الربح كله لنفسه فعقد المضاربة اولى
كتبه الحقير ابو السعود عفي عنه

ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه ثم الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته
فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف
ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسماية
لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسماية ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر
ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلثة آلاف تدفع برأس المال ويبقى خمسماية ربح
بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسماية وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على
خمسماية لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان فيه بيع ملكه بملكه الا ان
فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى
المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما
في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى
بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب
لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا
واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فدياه خرج العبد
عن المضاربة نصيب المضارب فلما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما
لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب
وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء
الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة ويخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف
ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن و
رأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة
ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرى وهلك بعد الشرى
حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع
المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك
لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل
الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال
دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب
وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة
في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار
المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا

اذا مات مجهلا

وحكمه وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده فلا يضمن المودع ان هلكت او سرقت عنده ولو وحده اي لم يسرق معها
مال المودع الا ان يموت المودع مجهلا اي لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن كذا الامناء الا متوليا اخذ
الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا اي بلا بيان
المودع
من الدرر والغرر كتاب الوديعة

مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما
اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة
لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة او وديعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي
عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال
هو بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه
التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل
فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من
جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان
وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولان بالناس
حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودايع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان
يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في
خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد
غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره
ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره
او يكون في سفينة يخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه
المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما
اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد عليه
بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع
بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء
مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير
لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون
وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا
معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط
عند ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما الابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين
الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان
وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا

وعن نصر انه كتب الى ابن شجاع في مودع يقول دفنت الوديعة ونسيت موضعها فاجاب ان دفنها في داره لا يضمن وان دفنها في غير داره ضمن قيل فان دفنها في كرمه فسرق فقال ان كان له باب فليس بمضيع والا فهو مضيع وكذا الدار ان لم يكن لها باب
خانيه

رجل اودع كيسا فيه دراهم عند رجل ولم يزن عليه ثم ادعى صاحب الوديعة الزيادة قالوا الاصحان عليه ولا يمين حتى يدعي عليه التضييع او الخيانة او نحو ذلك
خانيه في فصل ضمان المودع

القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا
للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع
ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال وان اختلط بماله من غير فعله فهو
شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا
بالاتفاق قال وان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله
فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا
فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال
الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد
على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد
حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب
المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة
بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع
اي نقض عهد الايداع
فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل
واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق
ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان الجحود عند غيره من باب
الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف
ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك
اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر
والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه
مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رح يتقيد بالحفظ المتعارف
وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال
امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ما له فيها بخلاف
الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل
وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه
نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه
عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه

صورة التعدي

ضمان المودع بالجحود بعد الطلب

عزل الوكيل يملك نفسه عند الموكل

عبد اودع رجلا وغاب لم يكن لمولاه ان يسترد الوديعة سواء كان العبد ماذونا او محجورا عليه عليه دين او لم يكن
خانيه

كثيرة الوقوع جدا
اذا كانت الوديعة ابلا او بقرا او غنما او فرسا وصاحبها غائب فانفق عليها المودع بغير امر القاضي فهو متطوع لانه انفق على دابة الغير بغير امره وبغير امر من يلي عليه وان رفع الامر الى القاضي سأله القاضي البينة على كون العين وديعة عنده وعلى كون المالك غائبا فاذا اقام البينة على ذلك ان كانت الوديعة شيئا يمكن ان يؤاجر وينفق عليها امره القاضي بذلك وان كانت شيئا لا يمكن ان يؤاجر فالقاضي يامره بان ينفق عليه من ماله يوما او يومين او ثلثة رجاء ان يحضر المالك ولا يامره بالانفاق زيادة على ذلك بل يامره بالبيع وامساك الثمن
م المحيط

اذا سرقت الوديعة من دار المودع وباب الدار مفتوح والمودع غائب عن الدار قال محمد بن سلمة كان ضامنا وقال ابو نصر اذا لم يكن اغلق الباب فسرقت منه الوديعة لا يضمن يعني لو كان في الدار حافظ
خانيه

بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه طالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف
ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع
ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون
تقضى بامثالها وقوله له ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته انه يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف
درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه
قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ
كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح
وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرى اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ
باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه
كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف
بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع ولا يضمن
القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع
عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال
واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير
اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة
فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو
محمل الاول لانه لا يمكنه اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه
بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط
فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد لان
البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى يضمن لان الدارين يتفاوتان في
الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان
عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر
فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رجع على الاول لهما
انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول
متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه
بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما
لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا
تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني مستمر على الحالة الاولى

ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان
كل واحد انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد
صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين
وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا
لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضي
له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار
حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني
فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره
وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى
القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا
نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان تقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك
لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته
محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته
وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال رض ينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان
المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى الغير يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فريعة تلك
المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عم درعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض
وكان الكرخي رح يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه
ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن
نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع
قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع
والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه
واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به
الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك

هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى
لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة
اخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عم المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع
تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال
والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن
استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار
كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه
الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض
والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه
قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان اجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء
لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه
لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه
لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن
المالك وان شاء ضمن المستعير ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر لانه ظهر انه اجر ملك نفسه وان
ضمن المستاجر يرجع على الموجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما اذا علم
قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة
المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها
معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول
هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك
في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد
الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رض وهذا اذا صدرت العارية مطلقة
في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به في اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق
والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى
مثل ذلك او الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع
والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل
لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين
حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه بنفسه
حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون

فلو اعارت من متاع البيت مما يكون في يدها عادة لم تضمن ولو من غيره ضمنت

والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك
العين ضرورة وذلك بالهبة والقرض والقرض ادناهما فثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد
العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها
ميزانا او تزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل
بها او سيفا محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا
صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان
المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع
قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس
بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه
كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه
ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان
في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل
ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك
مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة
رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه
واجرة رد العين المستاجرة على الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة
قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب
عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة
فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها
بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة
البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه
لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب
فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في
العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر
لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره
لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما
في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لان المالك يرضى به الا يرى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على

الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه اذا كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا فان ردها
مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه
لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء
للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة
له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة
والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوها فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار
الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام
تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول
فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز
الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل
القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها
بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها قال فان
قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن
الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل
القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه
ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض
بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد
بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح
قال وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال
النبي عم اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا ينعقد
بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه
الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به
تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد
اطعام غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عم من اعمر عمرى فهي للمعمر
له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل
هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك
فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى
او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية

لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في التمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له

قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جايزة وقال الشافعي رح تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم وهو بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع

قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع

قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشايع

قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه

واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله

وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع

واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال

ولا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا يرى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة

قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة رح مر على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع ضد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عم العايد في هبته كالعايد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوض عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك

الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه
قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه
قال فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بناء او دكانا او آريا وكان ذلك
زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها
لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة
منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر
المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى
وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها
ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة
كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع
ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك
او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي
معنى واحدا فان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع
وقال زفر رح يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا عن الكل من الابتداء وبالاستحقاق
ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم
فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفه رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع تخص
النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي
حصول المقصود وعدمه خفاء ولا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل
القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول
القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعد واذا رجع بالقضاء او بالتراضي
يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ
فكان الفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق
هناك في وصف السلامة لا في حق الفسخ فافترقا قال واذا تلف العين الموهوب واستحقه مستحق
وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له
والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض
في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء واذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب
وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء

فصل في هبة الدين

لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا
ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك
الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا
بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد
والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة على ما نبينه وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت لانه لم يبق
الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه
الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك
فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار
على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف
مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا يرى ان النبي عم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر
بخلاف البيع لانه عم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات
دون التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منه بريء او قال
اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهي باطل لان الابراء تمليك من
وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان
تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول
والتعليق بالشروط تختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال
والعمرى جايزة للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات
ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جايزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى
ولهما انه عم اجاز العمرى ورد الرقبى لان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه
يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع
به

فصل في الصدقة

والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع
يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق
على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب
وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه
لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء بالاسكة

مَا ينفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا تصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليها وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله يفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار الخياط والقصار ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر

متى يستحق قال الاجرة لا تجب بالعقد ويستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع

فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤاجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفه رح يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا تتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب باجره حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامها عند ابي حنيفه رح وقالا لا يستحقه حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفه رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زايد كالنقل الا يرى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفه رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه وكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلثه رح وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم

باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا
به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البايع قال واذا شرط على الصانع
ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة
في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله
فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض
بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب
فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح له الاجر في الذهاب
لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون
حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه
وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة
التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق بالذهاب بالاجماع لان الحمل
لم ينتقض وان استاجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في
قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال ويجوز استيجار الدور
والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت
فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا
ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة
مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما
فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع
الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي
ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع
المنازعة او يقول على ان يزرع ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة
قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا
انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار
لصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية
معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويملكه
برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله
فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت

مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار الدواب
للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن
اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مراده من الاصل والناس يتفاوتون في
الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت
الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان
ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن
غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا
وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل
كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو
اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل
عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط
على ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان
الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير
موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها
مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون
فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم
الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه
فلا يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة
فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة
ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي
العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا و
جائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق
ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك
وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج
بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان مماثلا للاول كان المالك راضيا به وتناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج

بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جنسه فصار مخالفا وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند
ابي حنيفه رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سوآء فيكون المالك
راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة
في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفه رح ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج
للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد
شرط له الحنطة وان استاجر حمالا يحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع
فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد
اما اذا كان بين الطريقين تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان
طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار
مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس
ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر
ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها
فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب الارض على ما قررنا
ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء
واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال
القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفه رح انه يضمنه من غير
خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع
انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور
جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في ساير الاجارات الفاسدة على ما نبين في بابه
ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير
كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط الفاسدة
كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا يرى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل
لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص
اجر المثل لم تجب زيادة المسمى بفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب
الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد
فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية

وفي فتاوى ابي الليث سفينة حملت عليها حمولات لاقوام بعض ارباب الحمولات معها فانكسرت السفينة في جزيرة فخرج بعض الحمولات ليخف السفينة ووضعت في الجزيرة فضاعت الحمولات فان كان لا يخاف الغرق فالذي اخرج الحمولات ضامن وان كان يخاف الغرق فان ضاعت الحمولات قبل ان يقع الامن الغرق فلا ضمان وان ضاعت بعد ما وقع الامن فهو ضامن وبه ان اخراج بعض الحمولات اذا خيف الغرق على السفينة ليس بجناية ولكن على الرجل ان يخرج اعادتها الى السفينة بعد الامن فبتركه الاعادة صار ضامنا محيط

في المحيط وفي فتاوى اهل سمرقند انقضت مدة الاجارة ورب الدار غايب فلم يرد المستاجر بل سكن لا يلزمه الاجر لما بعد انقضاء المدة ولو مات المواجر فسكنها المستاجر منهم من قال يجب الاجر ومنهم من قال هو غاصب في الشهر الاول بعد الموت ويلزمه الاجر في الشهر الثاني اذا طلب صاحب الدار الاجرة وقيل اذا سكن بعد الموت او بعد انقضاء المدة فلا اجر عليه قبل الطلب واذا سكن بعد الطلب فعليه الاجر بما سكن بعد الطلب سواء كان في الشهر الاول او الثاني وهذا القائل يقول لا فرق بين الدار المعدة للاجارة وغيرها والاصح انه يلزمه اذا كانت معدة للاجارة على كل حال خلاصه

حكم المعد للاستغلال

له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد
منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال
فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمواجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذلك كل شهر يسكن
في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه
بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في
اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة
معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جايز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة
مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه
اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة
لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفه رح وهو رواية عن ابي يوسف رح
وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة
وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره
العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة
لاجماع المسلمين قال عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عم احتجم و
اعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جايزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس
وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه قال
ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم
لا يجوز الاستيجار عليها عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم
غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله عم عثمان بن ابي
العاص وان اتخذت موذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر
اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر عن غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى
من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا رح استحسنوا الاستيجار على تعليم
القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال
ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا ساير الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق
بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفه رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جايزة وصورته
ان يوجر نصيبا من دار او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر
المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايي فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفه
انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه
تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايي

فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارى لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارى قال ويجوز استيجار الظير باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلعم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر على الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا يرى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظير اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظير فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لا لانه اختلف العمل ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عم وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف

ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا يبقى لتثنيته منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا تصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسآء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره بعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه

انما هو تملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها
او اي شي يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض يستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف
فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر به غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان
ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل
المجهول قبل مضيه او الخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل
ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت
الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما
قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قايم بعد

باب ضمان الاجير

الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص
فالمشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره
كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد ومن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة
في يده ان هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شي غالب كالحريق
الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رض انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ
مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير
من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق
الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه
ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا
حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به
المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره
بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل
تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه
حقيقة حتى لو حصل بغير الفعل يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن
تقييده لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة
او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب
بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من
الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه
في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل
وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شي واحد تبين انه وقع تعديا من
الابتداء من هذا الوجه وله فيه وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا
عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه
ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما
عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات
فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني
على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه
مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص
الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما
سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل
بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا
ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما
لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال
فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر
فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا
لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا
الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر
به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا
خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره
بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره
بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه
لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرة انما تجب بالعمل وعند ذلك
يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع تجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة
الا باثبات الخيار له ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه
اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير
لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جايزان وقال زفر رح
الشرطان فاسدان لان الخياطة شي واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا
لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت

وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف
النوعين ولأبي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد
العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب
المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي
الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني
فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف
درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى

ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين
فعل استحق المسمى فيه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استأجر بيتا على انه
ان سكن فيه فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن
استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف
وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم
فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذا الاجر
احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر
يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا
الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة
الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه تخالف اسكانه الحداد الا يرى انه لا يدخل ذلك
في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى
الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به والله اعلم

باب اجارة العبد

قال ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت
على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا ولا بد من اشتراطه كاسكان الحداد
والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيرها داخلا
كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر
واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام
الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على
اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة فاذا جاز لم يكن للمستأجر ان يأخذه منه ومن غصب
عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن
لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز
لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده و

وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه
مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا
الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في
اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن العبد
ذلك الا قبل ان يأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر لانهما
اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة
في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط
قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني
اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا يرى انه لو انكر اصل الاذن كان
القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط
ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير
في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله
لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب
الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو
يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل
حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما
وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله
جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر والجواب
عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا
فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد
رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر
لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة
لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت
العبد المستأجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال بان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها
فاشبه الاباق في العبد وعن محمد رح ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص
منه على انه لا ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر

لا تنفسخ الاجاره بموت المتولي

اذا مات المتولي بعد ما اجر الوقف لا تبطل الاجارة * وان كان الواقف هو الذي اجر ثم مات ففي الاستحسان لا تبطل الاجارة
دار موقوفة على قوم اجرها المتولي مدة معلومة ثم مات بعض الموقوف عليهم قبل تمام المدة لا تبطل الاجاره * والاجاره لا تبطل بموت
الموقوف عليه ثم ما وجب من الاجرة الى ان مات يصرف الى ورثته وما بقي بعد موته فهو لمن بقي فان عجلت
الاجرة واقتسمها الموقوف عليهم ثم مات احدهم لا ينقض القسمة وكذلك على هذا لو شرط تعجيل الاجرة
م خزانة المفتين

حصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة
لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل
بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف
لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر
لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا
على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط
الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب
فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها
ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار
عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها
فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب
قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد
لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع
او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر
زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا
ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان
في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم
مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في
الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض
وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع
على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وقيل ينتقض بنفسه وليس بصحيح وجه الاول انه فصل مجتهد فيه
فلابد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان
غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر
فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب
غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب
على يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رح
انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن اجر عبده ثم باعه فليس
بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال
واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد

فسخ الاجاره بالاعذار

قال لغاصب داره فرغها والا فاجرها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب المسمى الا اذا انكر الغاصب ملكه
وان اثبته او اقر به ولم يرض بالاجر للمستاجر ان يوجر الاجير من غير موجره وبغير ويودع فيما لا يختلف
الناس في الانتفاع به فاذا استاجر دابة ليركب لا يوجر غيره ولا يعيره وكذا لا يستاجر دارا فقبض
وقبض ولم يسلمها اليه حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الامر كذا ان شرط تعجيل الاجرة وقبض ومضى
المدة ولم يطلب الا وان طلب وابى ليعجل اي الاجر لا للقاضي الاجرة على كتب المكاتيب قدر ما يجوز
لغيره لان كتبها ليس من افعال القضاء فيحرم المستاجر لا يكون خصما لمدعي الاجارة والرهن والشراء
بخلاف المشتري لانه مالك العين
م الدرر

لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله
الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر
لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر
دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع
بين العملين اما هنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه
لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك ضرر لم يستحق
بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر عقارا ثم سافر لانه
لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من
المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

ومن استاجر ارضا
او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب
فاشبه حافر البير في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادية ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة
يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه فاذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح
عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم
بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله
المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه
الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى
المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه
انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق
جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد
من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله اعلم

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرط عليه
وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر
ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو
مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق
فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال
يلزمه فلابد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رض وما اخترناه
قول زيد رض ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به
كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما

وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله
للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد
عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه
الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد
من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على
المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشرى
والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا
فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشرى لان القبول
لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت
عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق
فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه
مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا يكون
مكاتبة اعتبارا للتعليق بالاداء مرة واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه
اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق
مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرى والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم
الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق
بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك
لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه واذا
وطي المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول
الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى
عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه
ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

وان كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول
فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني
فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة
ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله
لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة
ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال
ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل

في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد
فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط اما الميتة ليس بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد
فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته
لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف
المبيع ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما
في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق
اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار
معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه
لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته وكذلك ان كاتبه
على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في
الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في
الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود
عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق
في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب
العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رح انه
لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو
المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه
على ما بينا وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها
يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك المعين عن
ابي حنيفة رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له
اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك
او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في
يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه
الروايتين في كفاية المنتهى وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد
وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف
الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير
وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف

فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل
بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا
معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته
وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة
تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد
على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة
فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد
مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشرى والسفر
لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى المقصود
وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشرى من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في
الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة
ليربح في اخرى فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف
لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه
شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح
فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط عليه خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح
في اشتراط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط
الملك وهذا الشرط يختص جانب العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط
الفاسدة ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود
والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير
لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه
لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا
لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع

ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك ان كاتب عبده
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رح لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال
وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل
الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل
ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول
فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد
لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء
اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان
العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده
لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته و
اثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص
العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر
على ما مر وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولانه
في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية واما المأذون له فلا يجوز له شيء
من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له
يملك التجارة وهذا ليس بتجارة واما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير
المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل

واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن
من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى ان الحر متى كان يملك الاعتاق
يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا
بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا
لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا
يكفي لغيرها حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد
فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى
ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه ولو اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها
في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما
امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عم اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب
في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان

معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان
معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له
ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه
فيكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا اذا ولدت المكاتبة ولداً لان حق امتناع
البيع ثابت فيها موكداً فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت
منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام راجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية وان تزوج
المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة
وكذلك العبد ياذن له المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد اولادها احرار
بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال
حرية اولاده ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق
والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور
بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به وان وطئ المكاتب امة
على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه
النكاح لم يؤخذ منه حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين
في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشرى
لما سقط الحد وبما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب
في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها اخذ
بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة
يقع فاسداً والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهراً في حق المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها
ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك اعتاق ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان
مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالاً يؤدى منه مكاتبتها
وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة وان لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت
ولداً آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد
لانه مكاتب تبعاً لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو
ولدها فيتبعها واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك
بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت

السيد

السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن
توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاكساب
والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا
ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة
ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار
بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل
منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو
يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد في نفي الخيار واما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى
بقي الثلثان عبداً وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير بينهما وعندهما
لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فيختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما
المقدار فلمحمد رح انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته
الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرج من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما اذا
تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهراً
والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها
ثلثاً على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت
الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا وان دبر
مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما
فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا واذا اعتق
المولى مكاتبته عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلاً بالعتق وقد
حصل دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه
توسلاً الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه وان كاتبه على الف درهم
الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال
والدين مال فكان ربواً ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق
المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه
حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه
دون وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه

شبهة واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة
فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله
ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما
ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل
والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق
الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها
الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فنقض
البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى وان كاتبه على الف الى سنة
وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر
والتاخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة
ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى
على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته
وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد
موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق عتقه باداء القايل فيصح في حق
هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل
لا يرجع على العبد لانه متبرع واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غايب فان ادى الشاهد
او الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني الف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه
كتابة جايزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية
عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب
تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها
وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذ بكل
البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه وايهما
ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية
وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن
الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر
فيه وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشيء لما بينا وان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء
والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن

غيره بغير امره فبلغه فاجاز لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا كاتبت الامة عن نفسها
وعن ابنين لها صغيرين فهو جايز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها
جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا لها على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من
الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن
احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف
ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة
يتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة
الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء
فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فبقي كذلك
بعد العجز واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر
فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك
له فيه وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على
نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم
اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع
من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف
عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه
حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام
ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق
القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي
ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما
ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد
امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف
التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه
مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه
بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين واذا
بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر
به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لا تنفسخ الا في حق التملك
ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة

بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد
الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا ويضمن الاول الشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها
مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي
قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما اوجب اقلهما واذا كان الثاني لم يطأها
ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل
العجز واما عند ابي حنيفة رح فانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف
ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر وهي ام ولد للاول لانه
تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف
قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام
المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن
المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت
وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو
مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق اما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح لان
الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره في ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب
صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار واذا
كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق
لكن يستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على
نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه
فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين و
الاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه
قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان
الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان
المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفايت البيع فيسقط
الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق
وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار
الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما

فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان
او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو
قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو
يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق
فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر
عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم
للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رض اذا توالى
على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب
بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلث لانه
لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له
عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز
لان الكتابة يفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه
عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض واذا عجز المكاتب عاد احكام
الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان
موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة وقضي ما عليه
من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا
قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رح يبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه
لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض لان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا
لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية
ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم
يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع
بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه
والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما
قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك
وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل

موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك
وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا قال رضي
وهذا عند ابي حنيفة رح اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه تبع
عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف ساير اكسابه ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين
لان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه
العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فيسرى
الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه
لانه لما حكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حيوته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان
صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك
الحالة على ما مر وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها
الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي
الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولايته فقضى به
لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة و
انتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء
مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان
تعجيزا وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه
صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها
صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح
فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شرى فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب
ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا
عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث
في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ
لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما
ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في
يده واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا هو موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال

المانع

المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل
القضاء وهو قول زفر لان المانع عن الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة
للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال
فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده
واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات
مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق
المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد
كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة
لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بساير اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم
وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه
احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء
البعض او اداية في المكاتب لا في البعض ولا في الكل ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه
العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه
العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت
العرب تتناصر باشياء وقرر رسول الله صلعم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال عم ان مولى القوم منهم
وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف واذا اعتق المولى
مملوكه فولاؤه له لقوله عم الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق
عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة
حمزة عنها وعن بنت فجعل النبي عم المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق
ما ذكرناه فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح
واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب
وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته
لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات
اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق
عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة
لاخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام ابدا

لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا ولا ينتقل ولاؤه عنه ابدا
لما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق وكذا اذا ولدت
ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي
حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان
تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه
لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق
حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام لان العتق هنا في الولد
ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة
فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن
نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين
من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق
الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك
فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوج
معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم
ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد
الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما
يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم
اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا
مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها
لمواليها عند ابي حنيفة رح قال وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب
كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي
معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا
لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا
لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رض
الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا قال وفي الجامع الصغير نبطي
كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رح مواليهم موالي
امهم وقال ابو يوسف رح موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولودين
واحد من الموالي من العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله

والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح
لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة
والخالة لقوله عم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان
كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة على سبيل
العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رض فان كان
للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عم ولم يترك وارثا قالوا المراد
منه وارث عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن عصبة من
النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه
لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على
ما مر والعصبة تاخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عم وفي
آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش
وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على
بني المولى بل للعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك
المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رح لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون
الاخ عند ابي حنيفة رح لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها
لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا
واولاد ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة
منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعناه القرب والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء
صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة ليس بشيء
لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت
المال وانما تصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل
رسول الله صلعم عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير
الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال
ضرورة عدم المستحق لانه مستحق وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان عمة او خالة او غيرهما
من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث
والعقل كما ذكر في الكتاب لانه التزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم

بالقبايل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولايه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغيبة محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولاتصال القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لما يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان والذي قال ابو حنيفه رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شرى سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كساير الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة وبيع باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك بخلاف ساير البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال ومن جعل البيع الجايز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم

ذ ط الخ منه ولو كان البايع مكرها والمشتري غير مكره فقال المشتري بعد القبض نقضت البيع لا يصح نقضه وان نقض قبل القبض صح نقضه ولو باع مكرها فقبضه المشتري وباعه من غيره وترادفت عليه العقود فللبايع ان يفسخ فان اجاز واحدا من العقود جازت العقود كلها ما قبله وما بعده تاتارخانيه في كتاب الاكراه

ط والفرق بين بيع المكره وبين بيع الفضولي ان بيع المكره يفيد ملكا فاسدا محظورا وهو موقوف في حق الطيب على اجازة المالك الاول وبيع الفضولي غير مفيد للملك دون الاجازة فهو موقوف في حق الملك والطيب جميعا على اجازة المالك والفرق بين بيع المكره وبين البيع الفاسد ان المشتري البيع الفاسد اذا باع المبيع من آخر ومنه انقطع حق المالك في الفسخ وههنا لو الى على المبيع بياعات كثيرة وتناولت الايدي يكون حق الفسخ للبايع باقيا كما كان ووجه الفرق ان حق الفسخ في البيع الفاسد لمعنى في العقد والعقد قد انتهى بالعقد الآخر وحق الفسخ في بيع المكره لمعنى في العاقد وهو عدم الرضا والطوع وذلك باق في بيع الفاسد

من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جايزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طايعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قايما في يده لفساد العقد قال فان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبايع معناه والبايع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البايع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز قال وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر واكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قايمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله صلعم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رض حيث ابتلي به وقد قال له النبي صلعم كيف وجدت قلبك قال مطمئن بالايمان فقال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رض صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلعم سيد الشهداء وقال في مثله

هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال

فان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك

لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره

آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر

حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على

المكره ان كان عمدا قال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال زفر رح يجب على المكره وقال ابو يوسف رح

لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر رح ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكم

عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا

تمسك الشافعي رح في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب

في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف رح ان القتل بقي مقصودا على المكره من

وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه

محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه

ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق

وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا

هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح

وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه يصلح آلة له فيه من حيث الاتلاف

فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج

الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مواخذ باتلافه

قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه

من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان

اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد

تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا

لان الاكراه يوثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان

مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على

المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه

لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانه يصح مع الهزل والخلع من

جانبه يمين او طلاق لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها

بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان

وقالا لا يلزمه الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى

اعلم ان اسلام المكره انما يكون اسلاما اذا كان حربيا قال في باب ما يكون كفرا من المسلم وكذا اسلام المكره اسلام
عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما

انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك و

الاحتمال فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له

استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان

القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام

في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو

اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره

على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان

ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى

بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا

اذا اكرهه على الصلوة للصليب وسب محمد عم ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي

بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب

غير النبي عم بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب موجبة للحجر الصغر والرق والجنون

ولا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون

المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا

تبطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون

لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع

الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان

فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما

فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون

قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره

كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشرى فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم

اذا وجد نفاذا عليه كما في شرى الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية والضرر المولى فوقفناه

قال وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا

ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجود بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا

يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق

الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما

ولا عتاقهما لقوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف

للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه

رجل وهب لعبد رجل هبة ثم اراد الرجوع في الهبة فقال العبد انا محجور وليس لك ان ترجع في الهبة وقال الواهب بل انت ماذون فالقول قول العبد الا على اقرار الواهب انه محجور يقبل هبته عبد باع من رجل شيئا ثم قال بعد الذي بعتك لمولاي وانا محجور وقال المشتري بل انت ماذون كان القول قول المشتري ولا يقبل قول العبد خانيه

حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا
شيا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي
يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه فاما العبد فاقراره
نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين
برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال
المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على اصل الحرية في حق
الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عم لا يملك العبد والمكاتب
شيا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت
منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفه رح لا يحجر على الحر العاقل
البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا
مصلحة وقالا وهو قول الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله
بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت
في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه
يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفه رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا
لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى
لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري
المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه
في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة
القدرة والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات
وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان
الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء
مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان
تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي
حنيفه رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه
قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع
اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار
كالصبا ولابي حنيفه رح ان منع المال منه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى
انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم الدفع لان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل
البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفه رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع

المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله من يرى الحجر وعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه
اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف
للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل الحجر
جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد
من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح لا ينفذ والاصل عنده
ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى في مكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك
السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب
الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من
السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه
متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لا تجب السعاية لانه لو وجب انما
تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب
حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات
ولم يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير
ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج
الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة
ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد
بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره اذا ادعى المريض ولد جاريته فهو على هذا التفصيل
قال واذا تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها
مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام
بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها
النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة
لما بينا قال ويخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن يجب
عليه نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذي الرحم
واجب عليه حقا لقريبه والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها
الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي
النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر
او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب

يبذر امواله بهذا الطريق وكذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها
لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج
ينفق عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا اراد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر
لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر
لا تجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان
نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات
اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ
سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية و
الشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد آنس منه نوع رشد فيتناوله النكرة
المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم
ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام
والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رح وبلوغ الجارية
بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه
في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل
فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال
حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة
البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن
فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن
به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق
واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقالا
قد بلغنا فالقول قولهما واحكامهما احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا
ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين اذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه
والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف
فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه

العبد المحجور اذا اشترى شيئا حتى توقف على اجازة المولى فما دام العين نفسها في يده كان البائع اولى وان هلك في يده او استهلكه ان كان البائع حرا كبيرا او صغيرا ماذونا او عبدا ماذونا او مكاتبا لا يضمن المشتري للحال حتى يعتق واذا عتق كان عليه قيمة المبيع بالغة ما بلغت وان كان المشتري صبيا محجورا لا يضمن اصلا وان كان البائع عبدا محجورا او صبيا محجورا والمشتري كذلك ضمن المشتري للحال لان تسليط البائع لم يصح فيكون متلفا من غير تسليط بخلاف ما لو كان البائع حرا كبيرا او صغيرا ماذونا او عبدا ماذونا لان تسليطهم صحيح
خانيه

ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع
والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء
لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل
لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس عن بيعه وقسمه بين غرمائه
بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما
في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف
الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق
الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير
امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم
وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسان والقياس ان لا
يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية
والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف
يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما
النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من
المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي
لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر بمال لزمه ذلك
بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال
وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على
حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة
للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين
التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب
فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة على ان لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف
فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية
وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا
يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله
عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون
فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه

الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله غاد ورايح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي انه يدخل عليه ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبايع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البايع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا يتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيعاقدونه فيتضررون به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في ساير التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار

كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل به مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره بشرى ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشرى ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال واقرار الماذون بالديون والغصوب جايز وكذا بالودايع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون له والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق

الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى
ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع تصرح
ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف
من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا
فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض
رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى
قال ولا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه
في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحطه التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له
من قبول المعيب بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ذلك من صنيع التجار
ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وكذا ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة
التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع فيه للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع
ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان وذلك
في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه
نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في
حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه
التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا
للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما
غير انه يبدا بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من
الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما في معناه كالبيع والشرى والاجارة
والاستيجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطي المشتراة بعد
الاستحقاق لاستناده الى الشرى فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار
كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة
به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق
الدين او بعده ويتعلق بما يقبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد
ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله
بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم
الضرورة فيها ويتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو ينحجر لتضرر
الناس لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط
علم اكثر سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي

علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام
الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عم ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل
وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع
في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما
من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي
تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار
محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار
كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه
بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع
من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح هو يعتبر
البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ
به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال فاذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي
ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا
والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جايز فيما في يده من المال
عند ابي حنيفة رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى
مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال
بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل
اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا
لا يصح اقراره فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته
واقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا
تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان
العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع
قال واذا لزمه ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند
ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك
رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية الماذون لها وهذا اية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد
وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط

به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا انفذ العتق
عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا
اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته
جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز
عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق
بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال
المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث
يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله
تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها
بخلاف ما اذا باع من الاجنبي الكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة
المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن بالمحاباة في البيع مع
الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما قال
وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما
بيناه ولا تهمة في هذا البيع لانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ
الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل
الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده
دينا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده
حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون
للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع
كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه
ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا
واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى
الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره
بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما
استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال فان باعه المولى وعليه ديون محيطة برقبته
وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا المشتري لان العبد تعلق به

حقهم حتى كان لهم ان يتبعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض
والتغييب فيخيروا في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة
اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع
بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب
اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال
ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء
والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت
هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع
ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه
اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى
هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل
من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال
ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن
فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل
في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة
لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون له بيع في
الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل
واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشرى كالعبد المأذون له اذا كان يعقل البيع
حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك
الولي التصرف ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة
لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصلي فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشرى
يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب
تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى
اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق
والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن و
البيع والشرى داير بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا
منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب
والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة

ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد
من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا
يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا
بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي
يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه
وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من
الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن
المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان
كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا
اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي
بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان
ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل
له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى
القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا
لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء
بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل
له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى
في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة
التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما
لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان
اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب
الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب
الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه
لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية
لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك
سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق

واذا وقع الحريق في محلة فهدم رجل دار غيره بغير امره حتى ينقطع الحريق قالوا يكون ضامنا كمن ذبح شاة غيره كيلا يموت
ولو ان هذا الذي هدم الدار يهدم باذن الامام لا يكون ضامنا

فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد
ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان
وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك
بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار
فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة
ولو سلم فالضمان هنالك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله
وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل
فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب
الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف
البعض ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله
او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة
او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع
اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب
لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب قبض
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه
تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا
الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر وكذا الملك
لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص
فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان
لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه
فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث
ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه يحتاج اليه وله ان يصرف الى حاجة نفسه فلو اصاب
مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب
الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق

بجميع الربح وهذا عندهما واصله الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة ورح لا يطيب
له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلايل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك
اليها قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما
لا يتعين كالثمين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا
قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال
مشايخنا رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين
والمضاربة قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء
وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس **فصل** فيما يتغير بعمل الغاصب
واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه
عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة فذبحها و
شواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال
الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه
النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه
لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه
الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح
سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها
واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير به حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل
الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت
من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان
اسمه باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله
لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر
وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو
وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها
الاسارى افاد الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في
اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة
لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت
مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه
المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة

سئل عن ارض مشتركة بين جماعة شائعة غير مقسومة وبنى احد الشركاء فيها بناء فنازعه الباقون فما الحكم فيه اجاب اذا لم يجيزوا ما فعل يقسم بينهم فان وقع في نصيبه فما بنى فيه وغرس بقي وان لم يقع فيما بنى فيه بل في نصيب الشركاء قلع وضمن ما نقصت الارض بذلك
فتاوى جارية

الاصل ان من بنى بناء في ارض غيره او غرس غرسا في ارض غيره من مال نفسه فهو سواء فعل باذن صاحب الارض او بغير اذنه لان كل انسان احق بكسبه ولا يكون لصاحب الارض الا ان يشترط عليه عند الاذن ان يكون له بان يقول له اغرس لي او ابن لي اجعله لي فيكون استعيا بافاذا غرس وبنى فقد وهبه له وتصير قابضا لذلك حكما لاتصاله بملكه الا ان يقر بانه يغرس او يبني لصاحب الارض او على ان يكون له لان معناه غرسته وبنيته لصاحب الارض فيكون تمليكا له ويكون الاتصال بملكه قبضا [illegible] اشترى شيئا فقال اشتريت لفلان فقال البائع بعت يكون هذا شراء لنفسه

فغرسها غير ان عند ابي يوسف رح يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه
بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما
واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها
عند ابي حنيفة رح فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة
معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال
في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق
ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى جرى فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس
المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيهما غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي
للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب
بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط
بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه
ابو جعفر رح انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على نفس الساجة
ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار
ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا
هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء
بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث
ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا
ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا
يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رض
ومعناه ترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين
باق وكذا بعض المنافع قايم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا
يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا
فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس
وردها لقوله عم ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة
والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيومر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه
فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له

لان فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه
فيه اذ لا قرار له فيقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمر
بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوباً فصبغه احمر او سويقاً فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن
وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل
الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بيناه ان فيه رعاية
الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة يبنى فيها لان النقض له بعد النقض
اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب
فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته
ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين
في البيع وتبانى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من
ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان
السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثلياً وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة
ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل
ان كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا
الموضع ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهماً فتراجعت بالصبغ الى العشرين فعن محمد رح
انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين
جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال
الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل
بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل
للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة
قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر الا ان يقيم المالك البينة
باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول
المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك
بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو
بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي
الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل
الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافاً لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم
رضاه بهذا المقدار حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ومن غصب عبداً فباعه فضمنه

في هذه زيادة لبسط المسئلة السابقة

وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد في رجل خدع امراة رجل او ابنته وهي صغيرة واخرجها من منزل ابيها قال احبسه حتى يأتي بها او يعلم
حالها وعنه القصاص عن ابي يوسف رجل سرق صبياً فسرق من يده ولم يعلم له موت ولا قتل لا يضمن ولكن يحبس حتى يأتي به او يعلم
بحاله وفي القدوري لو غصب صبياً حراً من اهله فمرض فمات في يده فلا ضمان عليه ولو عقره سبع في يده او نهشته حية فمات
فعلى عاقلة الغاصب الدية وكذلك لو وقع عليه حائط او وقع في بئر على عاقلة الغاصب الدية ولو قتل هذا الصبي رجل خطاء فلاولياء
الصبي ان يتبعوا عاقلة ايهما شاؤا فان ضمنوا عاقلة الغاصب رجعوا على عاقلة القاتل وان قتل الصبي نفسه فديته على عاقلة
الغاصب ولا يرجعون بها على عاقلة الصبي وكذلك لو اتى على شئ من نفسه من اليد والرجل دخوتها وكذلك لو اركبه دابة فالقى
نفسه منها وهذا كله قول ابي يوسف وقال محمد لا ضمان على الغاصب بجناية الصبي على نفسه ولو قتل رجل هذا الصبي عمداً في يد
الغاصب فللاولياء ان يتبعوا القاتل فيقتلوه فعند ذلك برئ الغاصب وان شاؤا اتبعوا عاقلة الغاصب بالدية ورجعوا على
عاقلة القاتل عمداً ولو غصب ام ولد وماتت في يده لم يضمن عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ولو غصب مكاتباً ومات لا يضمن بالاتفاق كما لو غصب حراً
محيط برهاني

المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته
مستنداً او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق
كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤه وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك
فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد الغصب مضمونة
متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة
من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل
المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت
ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه
كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن
ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد
طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا
يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن
اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به
جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام
وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة
ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد
نقصاناً فلا يوجب ضماناً وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت
او قطع يد المغصوب في يده فاخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية
ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالباً
وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصي
لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان
القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب
جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وولدت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه
في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضاً لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده
بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها
فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف
وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب

والشد كما ترك بكرا او لم يترك او كانت لها حصة في الدار

سئل صاحب المحيط عن امراة لها ولد صغير وللصغير دار هل لها ان تسكن في دار ولدها الصغيرة قال ان لم يكن لها زوج لها ذلك بحكم الحاجة وان كان لها زوج ليس لها ذلك بل ان سكنتها واجب على الزوج فلا تكون محتاجة الى السكنى وكذلك اذا كان لها مال وان سكنتها بغير امر الزوج هل يأثم قال نعم وهل تجب عليها اجر المثل قال ينظر ان كان للصغير بد قائمة تجب عليها اجر المثل وهو جواب المشايخ رحمهم الله تعالى اما على جواب الكتاب فلا اجر عليها لانها صارت غاصبة والفتوى على جواب المشايخ يقدر على المنع والتسليم ان كان الولد ولد عشر سنين او اكثر لا اجر عليها لانه لم يوجد التسليم وان لم يكن للصغير بد قائمة بان كان الولد صغيرا تجب
من احكام الصغار من مسائل الاجارة

جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا اهذ الخلاف الحرة لانها لا يضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشرى الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرف هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعها الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولها الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خلله بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال

امسك رجلا حتى اخذ ماله واكره رجلا حتى الحقه بالقافلة وترك دابته وهلكت لا يضمن الممسك والمكره بزازيه

واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقويم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما واراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل واذا اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رح ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهما بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناه في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير اختلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر
اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق
عن ابي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها
كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي
حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية
وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على
المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم فيجب قيمتها غير
صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد
الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان
المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث
يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة
ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق
ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها
لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال رح الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع
كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب
اما الثبوت فلقوله عم الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر
له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه
قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عم الشفعة فيما لم
يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما
فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة
القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار
فيثبت حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة
انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك
الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق
ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في
نفس المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال
في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح

مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم
قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا
الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رح ان مع وجود
الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق
الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في
المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في
المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة
ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون
نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت
سكة غير نافذة يتشعب منها سكة اخرى غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها
الشفعة خاصة دون اهل الاعلى وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في ادب القاضي
ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط
شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه
جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون في حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء
فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح على مقادير الانصباء
لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد
واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة
الدليل لا بكثرته ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة
مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب
لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد
تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي
بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع و
معناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا
رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع
اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه
حق ضعيف يبطل بالاعراض ولا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه
ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها

المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قديم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي
كما في الرجوع في الهبة ويظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها
الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم وتسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى
وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيانه
لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم
ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت
شفعته لما ذكرنا ولقوله عم الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه
فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس
العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي رح لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان
التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله ولا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها
بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك
على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى
ما اختاره الكرخي وتصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما قال طلبت الشفعة او اطلبها او
اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره
رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد
حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه
بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف
ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد
لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على
فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض
منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند
العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني
الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه
لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا
اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف
انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك

وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح
وهو رواية عن ابي يوسف رح وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه
اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رح انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته
لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رح
انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة
الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة رح وهو ظاهر
المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه
كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر
ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا
عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي
المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي
لاثبات الاستحقاق قال يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها
لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف
اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى
تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال
فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب
الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او
قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي بها يشفع وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني
المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت
البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه
الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام
فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه
وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا في ظاهر رواية الاصل وعن
محمد رح لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا
فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء
ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى بالدار للشفيع فللمشتري ان يحبسه حتى
يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رح لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس به فلو اخر
اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال

وان احضر الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع
القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ المبيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه
لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت
الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذ لم يبق له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع
بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ
عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة
وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة
اليه ويصير كانه اشترى منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من
يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب
الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع
لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق
له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل فتسليمه اليه كتسليم
البايع الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قايم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة
قبل التسليم وكذلك اذا كان البايع وكيلا لغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد
وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله
خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشرى الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشرى ولا يسقط بشرط البراءة
من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق
الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما
البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانها اكثر
اثباتا فصار كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان
فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ
الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري
منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رح واما المشتري من العدو فقلنا ذكره في السير الكبير ان
البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم يقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول وما
ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى
المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن

المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري
فقد حط البايع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك
على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فاخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البايع
الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا
يفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع
قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن
انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه
ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف لانه
لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع
فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لانه بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج
من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع
لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع
بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال
وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري البايع لم يلزم الزيادة الشفيع لان في
اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير
الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول
لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها
بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية
التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات
الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم
فاخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى
ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر رح له ذلك وهو قول الشافعي
في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه
كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع وليس الرضا به
في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري
ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره
لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل
وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما

لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وإن اختار الانتظار
له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى ينقضي
الأجل مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة
ومحمد خلافا لأبي يوسف في قوله الآخر لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو
متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال وإذا اشترى ذمي دارا
بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق
الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الأول بالمثل والثاني بالقيمة
قال وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم
والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وإن كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر
والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن
تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب ثم حضر الشفيع بعد
انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه وعن أبي يوسف
أنه لا يكلفه القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال
الشافعي رح إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء لأبي يوسف رح أنه محق في البناء لأنه بناه على
أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا
وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين
بتحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط
من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم
عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة
لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء
وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وإنما لا يقلع استحسانا
لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير الضرر وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا
كما بيناه في الغصب ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن لأنه تبين أنه أخذه
بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذها منه ولا على المشتري إن أخذها منه وعن أبي
يوسف رح أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور أن
المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري
لأنه مجبور عليه قال وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع
بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء

من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض
حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل قال وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله
قال وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها وإن شئت فدع لأنه صار مقصودا
بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الأول لأن الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع أن يأخذ النقض لأنه
صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها معناه إذا ذكر الثمر
في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع ألا ترى
أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا
للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل
ثمر فأثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع
قال فإن جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ
حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذ قال في الكتاب فإن جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال
وهذا جواب الفصل الأول لأنه دخل في المبيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن أما في الفصل الثاني يأخذ
ما سوى الثمر بجميع الثمن لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار
وإن كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة
وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عم الشفعة في كل شيء عقار أو ربع إلى غير ذلك من العمومات
ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وأنه ينتظم القسمين
ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله
عليه السلام لا شفعة إلا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن ولأن الشفعة
إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا
يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور
في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في
السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في
الشفعة سواء للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي
فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا
قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك
بمثل ما يملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال ولا شفعة في دار يتزوج الرجل المرأة عليها أو
يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا لأن الشفعة
عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها

خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده
فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله
يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم
منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير
متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها
بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا
باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة
في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى
البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا
في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها
ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح
عليها باقرار او سكوت وجبت الشفعة قال هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار
مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا
صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا
بخلاف ما اذا صالح عنها بالاقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة
مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا
عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في الهبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض
مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء
وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة
الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال
الملك عن البايع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند
سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت
الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في
الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع
وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع
بها وكذا ان كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه
للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية
لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية
لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما

قبل القبض فلعدم زوال ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد
وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه
صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان
بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان
الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء
ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها
البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان
استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه على ما بيناه قال واذا قسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم
بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء
قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا
بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما
لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وانه بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال
بالتراضي والشفيع ثالث ومراده بالرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء
على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة
بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب
القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا
وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع
الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق
حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند
العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض
لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق
اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال
لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره
اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط
الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا يبطل الكفالة
ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال
واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رح تورث عنه قال معناه اذا مات بعد البيع قبل
القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا

نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث
بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في
دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ
الدار لتقدم حقه وهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة
بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم
بشرى المشفوعة كما اذا اسلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره
بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى
او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري
لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشرى وكذلك لو ضمن الدرك من البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له
لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها
بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة
لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس
مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او
اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا
اذا كانت اكثر وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال
واذا قيل ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري
هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شرى النصف فسلم ثم ظهر
شرى الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم
في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع
فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال
وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع
جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما
مثلا وابتاع الباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب
لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال وهذه اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته
ويعطي بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام
البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف
فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رح وتكره عند محمد رح

لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات
الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسايل متفرقة

واذا اشترى
خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها
او تركها كلها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض يتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة
الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض
وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر
حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت
يد البايع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وهنا
تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم
القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البايع فكذا
لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة من تمام
القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق
الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو
المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما يأخذه
اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا
وله عبد مأذون وعليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان
الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة الشرى وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح وزفر رح هو على شفعته اذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرى دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب
الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رح انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله
كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان
تركه الا يرى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد
يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل
الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز
التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي
وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع
لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان
مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما
ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند
غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس
واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة
مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع
بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر
القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق
لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من
جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم
تعم العامة فيكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر
يكون على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه
من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه من
جنس عمل القضاء ولا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي
الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم
بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه
لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجر غاليا بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر
كل واحد منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة رح وقالا
على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة
المملوك المشترك ولابي حنيفة رح ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب
بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر
مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة
فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة
وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد
ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال

المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه
قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول
الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة
انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل
القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت
قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما
عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره
بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على
من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس
في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رض وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع
الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما
البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رح خاصة وقيل قول الكل وهو
الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك يفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع
الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم
وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان
الغائب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير فلا بد من اقامة البينة
في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم
والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير
مغرورا بشرى المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشرى ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا
يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم
وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق
يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز
ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث
واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور الخصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا
مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب
القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها و
طلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه

وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند
طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والاخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب
الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه
فلم يعتبر وذكر الجصاص رح على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد به الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر
نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور
في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر
قال ويقسم العروض اذا كانت من جنس واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل
في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة
وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب
وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا
وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة
ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة رح لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما
وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني
الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى
من بني آدم جنسان ومن الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام
بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس
لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت
وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا يرى انه لو تزوج على لؤلؤة
او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على العبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام
ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين دارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة
في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض
قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل
السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء

اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشرى دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح
التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة
ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال نفس الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين
لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رح انه يقسم احديهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور
لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا
قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات
الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان
او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

وينبغي للقاسم ان يصور
ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره
ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه
حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب
نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول
ومن خرج ثانيا فله الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها
اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى
وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة
في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار
ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارضا وبناء فعن ابي يوسف رح انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على
الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق
ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل
ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا
القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب
الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل
في نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلفة لبقاء
الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين والانتفاع

تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة فلا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول
تكذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر
وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق
حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق
تملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيهما لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند
التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير
تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم
لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه وقسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ليتحقق الافراز بالكلية دونه
وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا
في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل
القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل
الدار نصفين لان القسمة على التفاوت جايزة بالتراضي قال وان كان سفل لا علو فيه وعلو لا سفل له وسفل
له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال هذا عند محمد رح وقال ابو حنيفه رح
وابو يوسف يقسم بالذرع لمحمد رح ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بير ماء او سردابا او
اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة
في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما
في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفه رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع
قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة
والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفه رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو
بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء
والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضى صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه
بذراع من السفل ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان متماثلتان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رح ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر الى التفسير
وتفسير قول ابي حنيفه رح في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلثه وثلثون وثلث ذراع من السفل ستة
وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فتساوى مائة
من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع

لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف
العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف رح ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة
ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت
الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد
القاسمان قبلت شهادتهما قال الذي ذكره قول ابي حنيفه وابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل وهو قول
ابي يوسف رح اولا وبه قال الشافعي رح ذكر الخصاف قول محمد رح مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما
سواء لمحمد رح انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله
ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى
الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل
الغير فيقبل الشهادة عليه قال الطحاوي اذا قسما باجر لا يقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ
لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا يقبل الا انا نقول هما
لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز
وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل شهادته لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه
ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد
على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة
فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما
لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رض ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه
واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه
يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء
وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف
في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى
الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن
فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا مما في يد الآخر
انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي
لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا
اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت
لاحدهما بينة قضي بها له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

وان استحق بعض نصيب

احدهما بعينه لم يفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح
تفسخ القسمة قال ذكر الاختلاف في استحقاق بعضه بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف
في استحقاق بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق
بعض شايع في الكل يفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف
وابو حفص مع ابي حنيفة رح وهو الاصح لابي يوسف انه باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى
القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين ولهما ان معنى
الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه من الابتداء
بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما
على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف
الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر
بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما
سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه
بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع
ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان
ويضمن قيمة نصف ما باع لان القسمة ينقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع
فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط
ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا
اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء
بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو
ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف
الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم
مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جايزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على
الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في
استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما
القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لاستانفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا

طايفة وهذا طايفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة
والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد ان يستغل
ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم
هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث
المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي
بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث
الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما
لان القسمة على هذا الوجه جايزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم
القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من
حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايا فيهما
على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه
لا يسامح فيها ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر
لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز
التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لانه بيع بعض احدهما
ببعض الاخر جايز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا
اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رح
وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق و
اخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يحتمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية
وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء و
الاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت
المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل
بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ
حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جايز ايضا
في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين
معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا
وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين
عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها

لكونهما عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقايسان ولا يجوز
في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان
يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها
لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر
ثم يشتري كلها بعد ما مضى نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع
جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفه رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض
الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفه رح وقالا جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج
من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال
قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم
والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله
ما روي انه عم نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز
الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق
المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة
فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج
في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس
اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من
يجيزها شروط ثمانية احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون
رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة
لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها والرابع بيان من عليه البذر
قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا
بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد
والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية
والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض
والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة للعمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط
بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض
معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل
من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين

بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر
ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر
صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه
تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج
في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض
يصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا
وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به
ينقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة
وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في
بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الارض الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية
وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين
مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية وكذلك ان شرطا
ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع
الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر
ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب
ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو
المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود
ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت
عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع
يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر
فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال
واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه
شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر
المثل في الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه
واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من رب الارض
فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها

وقد مر في الاجارات وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع
الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر رد لانه لا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو
على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر
هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة
الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر
اجر المثل وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض
اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع
صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر
اجيرا ليهدم داره ولو امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد
ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر الفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال
ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم
فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك واذا مات احد المتعاقدين بطلت
المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة
الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط
وينتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة
الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل
بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها
جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد
وهو انما تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد
الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين
لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما
معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل
عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب
الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي
العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل
عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض
ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل لصاحب

الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته
لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء الزرع بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه
ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يندفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت
ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم
بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلث
على ما بينا وكذلك اجرة الحصاد والدياس والرفاع والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو
عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك
بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط ذلك في العقد ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد
العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل اعتبارا
بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رح قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل
ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة
فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما
والمعاملة قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد
الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما
كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز
بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما
لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفه رح المساقاة بجزء من الثمرة باطلة وقالا جايزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه
كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جايزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل
في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة
في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة
تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى
كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمرة لادراكها وقت
معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة
ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا
خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق
ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا

وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه
ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة وشرط تسمية الجزء مشاعا لما بينا
في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت
المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت
لانا لا يتيقن بفوت المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل
اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطا في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء اما اذا لم يخرج
اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال
وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رح في الجديد لا تجوز
الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت
به واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص
ان يكون معلولا لا سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في
الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما
قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جازت وان كانت قد انتهت لا تجوز
وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل
ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما
قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة
وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات
رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك
ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر
يخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على
البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره
في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار
لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك
لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض
على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم
عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض تجوز
استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض
بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق العمل عليه وهنا لا اجر فاذا يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها

قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ومنها
مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل
عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احديهما ان يشترط
العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على
ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا
قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه
في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فتفسد وتعذر رد
الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس ليقومها بنفسها وفي

كتاب الذبائح

تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما
الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت
به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عم ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية
كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن
الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج
الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون
الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على
ما نبينه ان شاء الله تع قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه وان كان صبيا او مجنونا
او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص
وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم
الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا يوكل ذبيحة المجوسي لقوله
عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدم
الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا
تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد
الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل
والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم
فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن
الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا توكل وان تركها
ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك لا يوكل في الوجهين والمسلم والكتابي في

ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول
من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم
في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رض انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رض انه يحل بخلاف متروك
التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رح ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى
القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم لان
التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم
والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رح فانه عم قال في اخره فانك انما
سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل
فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع
غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة
في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم
التسمية في ذكاة الاختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي
وهو على الالة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند
فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى
واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على
سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم
تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد
بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه
يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان
يقول باسم الله واسم فلان او يقول باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فيحرم
الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية
وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه
عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله
يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على
نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير
لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم الذكاة ما بين اللبة واللحيين

ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله عم افر الاوداج وانهر الدم بما شئت
وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي رح في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه
لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا
يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح
وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره
والمشهور في كتب مشايخنا رح ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم
ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت
الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح
اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها
اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رح ان المقصود
من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف
المري فانه مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم
مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار
الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع
احد الودجين فيجتزأ عن زيادة التعذيب فيكتفى به بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع
شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس
الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح ميتة لا يحل لقوله عم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا
الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عم
انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون
ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير
المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا
على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء انهر الدم الا السن
القايم والظفر القايم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا نص محمد رح في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد
فيه نصا وما لم نجد فيه نصا نحتاط في ذلك فنقول في الحل لا باس وفي الحرمة نقول يكره او لم يوكل ويستحب
ان يحد الذابح شفرته لقوله عم ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا
ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي
عن رسول الله صلعم انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا
حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك ويوكل ذبيحته وفي

المروة الحجر الحاد

بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن رسول الله صلعم انه
نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر
عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فايدة وهو منهي عنه فالحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره
ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم
فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة بمعنى زايد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم
فلهذا قال يوكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت
بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت
قبل قطع العروق لم يوكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيهما قال ومن استانس من الصيد فذكاته الذبح
وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار
على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بير وقع العجز عن ذكاة
الاختيار لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر
حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما
توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر
لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان
عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه
حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره و
المستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق
فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما
يقوله مالك انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر
وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا تم خلقه اكل وهو
قول الشافعي رح لقوله عم ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل
بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها
واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى
يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف
اليه ويصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو المميز بين الدم واللحم
لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد
لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد
العقد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحر ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب
من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع
الطيور والبهايم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة ومعنى التحريم
والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع و
الثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من
سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل
الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة رح لا باس
باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف قال
ويكره اكل الضب والضبع والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب
فلان النبي عم نهى عايشة عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من
الموذيات والسلحفاة من خبايث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم شيء بقتله وانما يكره الحشرات كلها
استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روي خالد بن الوليد رض
ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رض ان النبي عم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر
الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو قول مالك رح وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رح لا باس باكله لحديث جابر رض انه قال نهى رسول الله صلعم عن لحوم الحمر الاهلية
واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج
مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة
ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد
وحديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه
والاول اصح اما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب
لان النبي عم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة
الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة
لا يعمل فيهما الآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكاة لا تؤثر في جميع
ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار
كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة موثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات
الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا
له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك
الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال

مالك وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن
الشافعي رح انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير
فصل وقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء
والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على
الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك
لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال
قال ويكره اكل الطافي منه وقال الشافعي ومالك رح لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة
بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رض عن النبي عم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا
وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى
البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد من غير ذكاة
وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رض عن الجراد ياخذه الرجل من الارض
وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف
السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات
بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وينسحب عليه فروع كثيرة بيناها
في كفاية المنتهي وعند التامل يقف عليها المبرز منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته
بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم
الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين
عن ابي يوسف رح وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي ان على قول
ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح سنة موكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف
وجه السنة قوله عم من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي
الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية
كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل
هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن
بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى
الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة
الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة

نقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر
وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة
الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ثم تجب
عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بينا وعن ولده لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة ويروى عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة
الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب
ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال
يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر والشافعي رح يضحي من
مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال
الصغير في قولهم جميعا لان هذه القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك في مال
الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه
قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان
الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رض انه قال نحرنا مع رسول الله صلعم
البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة
او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس
فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقال مالك رح تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من السبعة
ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد
منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز
على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع
والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشراك هذه صفته
وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت
الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل
ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه يكره الاشتراك
بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان اذا
كانا مسافرين وعن علي رض ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون

لا يجوز الاكل من الدماء الا من اربعة الاضحية ودم المتعة والقران والهدى الذى ذبح تطوعا اذا بلغ محله وسوى الحرم ولو مضى الوقت ولم يضح سقط ويكون شيئا خلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بمضى الوقت الا اداء عن الاضحية فعدد ذلك بمضى الوقت لا تسقط والتعيين سو النية عند الشراء او القول اذا كان فى ملكه وفى الشرى تعيين بمجرد النية ولا يحتاج الى القول واذا كان فى ملكه فما لم يقل اضحى بها لا يتعين فى التعين ثم مضى الوقت لا يجوز الذبح ولكن يتصدق بعينها حية واذا ذبح لا يحل له الاكل ويتصدق باللحم وقيمة النقصان

بعد الفجر والاصل فيه قوله عم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد لان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رح في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة ايام افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يوتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى للتضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة الشاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشرى بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عم لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير

رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث قال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راه من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راه من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الهزال في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه انه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة ان كان هذا لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشرى ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشرى فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل التضحية بغيرها من النبي عم ولا من الصحابة رض قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عم ضحوا بالثنيان الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقوله عم نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجواميس لانه من

وهي اي الاضحية شاة من فردي جنس نعم الضان والمعز كام والضان افضل من المعز والذكر افضل من الانثى اذا كان خصيا لان لحمه اطيب وانفع وفي الخلاصة لو نزى كلب على شاة فولدت قال عامة العلماء لا تجوز التضحية بالولد ولو نزى ظبي على شاة قال عامتهم انه تجوز وقال الامام الخراجي العبرة للمشابهة بالشاة في تلك الصور فان كان شابه الولد الشاة جاز والا لا تجوز اذا كان الشاة ادا ما

شرح مختصر الوقاية لابي المكارم

جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر فقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم تجز عن واحد منهم ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا يرى ان النبي عم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل قربة ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا تجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عم من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار منها شيئا لقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بجميع اجزائها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عم لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما

اضحية الاخر اجزا عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رح من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر رح بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رح لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عم في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رض بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلعم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء

ذكر عن حسان لبث ارسم قال رايت محارب بن دثار يقضي في المسجد ورايته يخضب بالسواد وهذا مختلف عند السلف قال بعضهم يكره لان الشيب نور الله تعالى ويكره تغيير نور الله تعالى وعامة العلماء قالوا لا يكره لما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه كان يخضب بالحناء والكتم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال كما يعجبني ان تتزين امراتي لي يعجبها ان اتزين لها
ادب القاضي للصدر الشهيد

لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما واذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص منه شيء فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات

الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم وان كان المخبر فاسقا او مستورا يتحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط باراقة الماء اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لا يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلث اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رح وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رح وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب

انما يصير ثوبا بالنسج بالحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير لا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلعم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منكم رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له اليشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي عم نهى عن التختم اوالنموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل واحد منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي صلعم بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم شعر لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي انه عم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطي والنظر والمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وقال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف

انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله ابن الزبير رض استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة لكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا باس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض قال وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رح والركبة عورة خلافا لما يقوله الشافعي رح والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة ولانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رض عن النبي عم انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رض سرته فقبلها ابو هريرة وقال النبي عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل الى الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء

الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة
الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او كان
اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه
الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى
الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه
حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في
جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة
غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر
المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق
في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك وامرأتك
ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى
عورة صاحبه لقوله عم اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث
النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال
وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها
وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع
الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة
ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم
النظر في هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي بخلاف ما وراءها
لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنيين وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا باس
ان يمس ما جاز له ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه
الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه
الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما
البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام
لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عم الا لا يخلون
رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان فالمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب و
الانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان
خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع

عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة
عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج
لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة
داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رض اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار
يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا
الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء
ولفظة المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي
حنيفة رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم
الضرورة فيهن في الاركاب والانزال واعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد
الحاجة قال ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق
ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل وقال مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح
المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط
عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر
والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهي وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار
واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة الخصاء مثلة فلا يبيح
ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال
لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال
ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم
وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان
ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما رح لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور
قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب
والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق المرأة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة
غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس
الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل
على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة
فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند

حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع
لان العلة في الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر باطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا و
ادير الحكم عليه تيسيرا وكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب
الملك كالشري والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري
من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق
السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا
لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشري او غيره من اسباب الملك
قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رح لان السبب استحداث الملك
واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري
ولا بالحاصل بعد القبض في الشري الفاسد قبل ان يشتريها شرى صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري
فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي
حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشري ثم اسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة
لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض
ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب
وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيرة كتبناها
في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال
وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه
لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة
قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رح انها لا تحرم لانها
لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا و
الاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في
المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
كما في المعتدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر
الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد رح اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر رح سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال ولا باس بالاحتيال
لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي
يوسف رح فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد رح فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن
تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشري ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشري

او المشتري قبل القبض ممن يثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان
المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى
فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام
حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض
يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها
لقصور مددها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان
اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين
وطيا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان
الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي
في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان
ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة الا ان يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد
به ملك يمين فينتظم التمليك بساير اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي
تحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة
الوطي بذلك كله ورهن احديهما واجارتها او تدبيرها لا تحل الاخرى الا ترى انه لا تخرج بها عن ملكه
وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى
الا ان يدخل بها الزوج فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما
حل له وطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل
الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي رح ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة
وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه
محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس
به بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث قال عم من صافح اخاه المسلم
وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال
الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا
انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه
ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط

فلو اخبرها واحد موت الغائب واخبرها الثاني بحيوته ان كان المخبر بالموت يشهد انه عاين موته او شهد جنازته
وكان عدلا وسع للمراة ان تتزوج باخر بعد انقضاء العدة هذا اذا لم يؤرخا اما اذا ارخا وتاريخ شاهدي الحيوة
بعد تاريخ الموت فشهادة شاهدي الحيوة اولى

لا بغير المخلوط في الفصيح والمخلوط بمنزلة دبث خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فراى آخر
يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له
وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها
لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة لما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لا يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك
لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان
وانه وكله ببيعها او شراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه
وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد
الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك
في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك
لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك
لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر
الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر ولا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها
الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة فاتاها بكتاب من زوجها بطلاق ولا تدري انه كتابه
ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع
وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها وكذا لو قالت المطلقة الثلث
انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول
وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان
فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او
رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او
اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار
فساده فيثبت المنازعة بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارضعت من
امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت
المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي
انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو
ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين
ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس
بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع

الاحتكار

لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله
عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان
كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عم نهى عن تلقي
الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه
في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثوبا او ذهبا او فضة وعن محمد رح
انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رح اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رح
اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقوله عم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد
بري من الله وبري الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر
في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل
المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمود قال
ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق
به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة
لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رح يكره لاطلاق
ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه
لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله
هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض
لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه
مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون
ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين فحينئذ لا باس به بمشورة
اهل الراي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن
باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه
قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر

عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه
تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه
يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذ خمرا لان
المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة
ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر
وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس و
اظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعاير الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد
الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا
وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله
ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث
محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص
الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة رح قوله عم مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة
لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق
البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا
ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلعم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن
غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان
يأخذ به ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله صلعم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا
فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رض جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف
وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط يخل بحفظ الاعراب اتكالا عليه
فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال
ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل
قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره له ذلك وقال مالك رح يكره
في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر
لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا احتج مالك والتعليل

بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عم انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار
ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين
عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على
هذا الصنيع وهو مثلة محرم قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة للبهيمة
والناس وقد صح ان النبي صلعم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال
ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عم
عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة
عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم
تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا بأس به وبه اخذ
الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عم روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر
واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك
لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان
قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو قال عم
لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس
يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا
قوله عم من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر
الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عم ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط
عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير
ابو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته
واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس
كل ذلك باطل لانه نوع تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عم قبل هدية سلمان حين
كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا
يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع
ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشرى والبيع لاموال القنية لان
الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شرى ما لا بد
للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط

اذا كان في حجرهم واذا ملك هو ولا هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي
في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي
بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار
بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم
لان الام يملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه
مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه
وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي
يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره
ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله
قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث
ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام
قال ولا باس برزق القاضي لان النبي عم بعث عتاب ابن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رض الى اليمن وفرض
له ولانه محبوس لحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب
النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه
استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب
الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا
فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا لبيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن
يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية
وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا
الخراج يوخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة
وعزل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال النفقة
والاصح انه يجب الرد ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق
الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان
امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع
به قال فما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام ولا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال هكذا ذكره القدوري
ومعنى العادي ما تقادم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع
الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون مواتا واذا لم يعرف
مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما
قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم
عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره شيخ
الاسلام المعروف بخواهرزاده وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه
باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عم من احيا ارضا
ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم بوصوله
الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم
ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون
ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك
استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء
على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة
ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول في الارض الرابعة
لتعينها للتطرق وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب
الملك الا انه عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام منه ودفعها الى غيره لان الدفع
كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث الخراج والعشر فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره
تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس يسمى باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام
سمي به لانهم كانوا يعلمون بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان
هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من
زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان تهيئ اموره فيه وزمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين
لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه
تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون
الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا
يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها
وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بير ذراعا او ذراعين وفي
الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رح انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر
انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او
سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك

مرئى لاهل القرية ومنظرا للحصايدم لتحقق حاجتهم اليهما حقيقتها او دليلها على ما بيناه فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بهما بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنا بالمسلمين
عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بيرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر
في ارض موات باذن الامام عنده وباذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء قال فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عم من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا للماشية ثم قيل الاربعون
من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت
للناضح فستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عم حريم العين خمسمائة
ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته
للاستقاء وقد يطول الرشاء وبير العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله
ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله و
العمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه
الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد
فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت
عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة المسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزارع فلهذا
يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن
والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبير بما ذكرنا في اراضيهم لصلابة
بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فان اراد ان يحفر في حريمها
منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من
الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان حفر آخر بيرا في حريم الاول للاول ان يصلحه ويكبسه
تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في
دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح
ذكره في كتاب ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه
لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما وكذا عنده لان حفره
تجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه
الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا وراء حريم الاول فذهب ماء البير
الاول فلا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب الاول
لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رح انه بمنزلة البير في استحقاق
الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر

قالوا

قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو كعين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع ومن غرس شجرة في
ارض موات فلها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره
ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات او دجلة وعدل عنه و
يجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا
لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان
له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد
له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات
باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل
الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون
له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس يابى على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم
فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا به
ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء على هذا ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا
تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما
نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء
به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في
يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه به والقضاء
في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس
على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فلاخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب
النهر كالحائط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان في ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل
الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند
ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما
معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما
عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع
الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما
القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقيل
يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رح ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رح مقدار
بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بير او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهايم
اعلم ان المياه اربعة انواع منها ماء البحار ولكل احد من الناس فيها حق الشفة وحق سقي الارض
حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس
والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون
وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا
ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد له ذلك لانها
مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم
واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا
نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة
ثابت والاصل فيه قوله عم الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب و
الشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البير ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك
المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب
الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى الحرج عظيم وهو مدفوع وان
اراد الرجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص
لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه
صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع
يده ولو كان البير او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه
اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان
تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا على قول الطحاوي وقيل ما قاله صحيح
فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا
والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره
العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البير مباح غير مملوك
بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام
التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي
كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل
في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان يأخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى

الحرج

الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره
وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحد لان
في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه
ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه فيجري فيه الاباحة كالماء
المحرز في انائه

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في
المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في
القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت
مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون
العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر
الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رض لو تركتم لبعتم اولادكم
الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني
فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم
يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابي خاص ويقابله عوض فلا يعارض
به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابي
والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله
لما بينا ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم
بالرجوع على الابي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا اجبر لحق
الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب
الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع
بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له
مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز
ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له رأيا في
اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح
الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا للاختصاص
وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى

والاختلاف والتصرف فيه وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض
ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل

يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء
مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر
له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا
مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظير
في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود
الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة
على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين
ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد
منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه
اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر
وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها
لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير
عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة
طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر
عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ
الماء حيث يكون له ذلك لانه تصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة
الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت
القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه
فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة
الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير
موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك
على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان
لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه
ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض
له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق
شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى
تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه
كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ارضه ليس له ذلك لما فيه من الضرر

بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان
الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان
مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة
والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى
من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر
المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضته من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى
لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته
وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب
وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب
ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه
او مخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن
عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع
شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر
وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان
ماهيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة
واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عم كل مسكر خمر وقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص
باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي
في غيرها ظنية وانما سميت خمرا لتخمرها لا لمخامرتها العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه
فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول
طعن فيه يحيى بن معين رح والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في
حد ثبوت هذا الاسم وهو الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد لا يشترط
القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة رح
ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع
قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة
عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود
الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عم

ولو اعتادت الشاة شرب الخمر وصارت بحال يوجد ريح الخمر من لحمها تكون حلالا وتحبس عشرة ايام والدجاجة ثلاثة ايام والبعير شهرا والبقر عشرين يوما ثم تذبح وتؤكل خانيه

حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه
اللذة بالاستكثار منه بخلاف ساير المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى ساير المسكرات
والشافعي رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في
الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلايل القطعية على ما بيناه
والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن
متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عم
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انها مال لان الطباع
تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان ياخذ ولا للمديون ان يؤديه
لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين
على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جايز والسابع حرمة الانتفاع
بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد
شاربها وان لم يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد الاجماع من الصحابة رضهم
وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد
ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا
قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام
في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف
هو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف
وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ
مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للضرر المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو
النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة ويدل عليه ما رويناه من قبل
والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد
وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر
حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها
حتى يسكر منها ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية
واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع

وهي نجس نجاسة غليظة اذا اصاب في الثوب اكثر من قدر الدرهم منعت جواز الصلوة واذا صبت في ظرف تنجس الظرف الا ان صب الخمر من الظرف يغسل الظرف ثلاثا فيطهر الظرف ان كان الظرف عتيقا وان كان جديدا ... قال ابو يوسف يغسل ثلاثا ثم يجفف في كل مرة فيطهر وقال محمد لا يطهر ابدا وقال بعض المشايخ على قول ابي يوسف لم يجفف في كل مرة لكن يملاه بالماء مرة بعد اخرى فما دام الماء يخرج منه متغير اللون لا يطهر وان خرج صافيا غير متغير يحكم بطهارته وعليه الفتوى واذا صار ما فيه من الخمر خلا يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى هذه التكلفات وبه اخذ الفقيه ابو الليث واختار الصدر الشهيد وعليه الفتوى خلاصه من الاشربه

جواز تخليل الخمر

نقيع التمر حرام

نقيع الزبيب حرام

بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من
النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا
الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه
بمنزلة النايم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه و
يقع طلاقه اذا سكر منه كما في ساير الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول
مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله
ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه الى هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته
ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رض وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما
يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي
حنيفة رح فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا
طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير
لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه
كالكلام في المثلث العنبي نذكره قال ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن
عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة
وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما
روي انه عم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والزبيب والبسر محمول على حالة الشدة وكان
ذلك في الابتداء ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار
الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط
وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب
اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح فيمن سكر
من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على ساير الاشربة
بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل
عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع
مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال
وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا
الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما

لا يقع طلاق السكران من البنج ولبن الرماك

وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عم كل مسكر خمر وقوله عليه السلم ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما نحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وفي رواية عنه لا يحل حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رح يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رح يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رح يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني

فيختار من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته النار وكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي ذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والباقي العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال مما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به

كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عم لعدي بن حاتم الطائي رض اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب اخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين اي المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رض واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رح انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير الة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا واذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على التعليم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه هو الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصايد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا او سماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عندهما يحل ما اصطاده ثالثا وعنده لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وكذا انه اية تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر

اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الالة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركها ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبايح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما ذكرنا من الالة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رض وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل منه الكلب ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يوكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الخلاف في الرواية كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد يثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضي الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقايه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه اية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك الصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد وقتله ولم ياكل منه لم يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى

مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة
ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا امكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه
من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل وهو قول
الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر
اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة
والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا
بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه
الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن
لفقد الالة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق
صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم
وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت
وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار
ردا الى المتردية على ما نذكر ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله
عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او
بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم الاية استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رح
اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو
اخذه يمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع
وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما
لا يحتاج الى الذبح وان ارسل كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه بغير
ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر
على الوفاء به اذ لا يمكن تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى
مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على
ما بينا ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى
يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال
وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا
جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب اخر ولو قتل الاول
فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك

حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء
ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة
للتمكين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يؤكل
لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لا يؤكل لان الجرح شرط
على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا
فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة ووجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا
لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر
اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة
نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة
في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس
من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب
الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد واخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني
اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى
التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر
بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان
الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولو ارسله مجوسي
فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل
وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي فان لم يرسله فزجره مسلم
فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو
فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه
فوقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح
بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الاخر
اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد
والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن
الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل
كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد
وعن ابي يوسف رح انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه
بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رح خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة
ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه

وإباحة التناول يرجع إلى المحل فيثبت بقدر ما يقبله المحل لحما وجلدا وقد لا يثبت إذا لم يقبله وإذا وقع
اصطيادا إما لكونه رمى إلى صيد فأصاب غيره وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب لأن
الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى
الطائر فأصاب صيدا وفر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد لأن الظاهر فيه التوحش
ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستئناس ولو رمى
إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رح لأنه صيد وفي رواية أخرى عنه لا يحل
لأنه لا ذكاة فيهما ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه
وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط
التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه في
الذبائح قال وإن أدركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والخلاف فيهما في الفصل الأول فلا نعيده قال
فإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه
ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عم أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض
قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا
إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد
عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى
عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن
الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما
ذكرنا قال وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية
وهي حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عم
لعدي وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض
ابتداء أكل وفي اعتباره سد باب الاحتياط بخلاف ما تقدم لأنه لا يمكن الاحتراز عنه فصار الأصل أن سبب
الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة
ترجح جهة الحرمة احتياطا وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب
الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى
من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى
إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء
قتلته ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت
أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على
صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم رح وحمل مطلق المروي في الأصل

على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الأئمة السرخسي رح على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك
وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا
أصح وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء
وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عم فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولأنه
لا بد له من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها لأنها تدق
وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخرق وكذلك إن رماه بحجر وكذلك إن جرحه قالوا تأويله إذا
كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح
ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة
ولم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق
ينقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج ولو رماه بعصا أو
بعود حتى قتله لا يحل لأنه قتله ثقلا لا جرحا اللهم إلا إذا كان له حدة فبضع بضعا فحينئذ لا بأس به
لأنه بمنزلة السيف والرمح والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان
الصيد حلالا وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو
بالثقل كان حراما احتياطا وإن رماه بسيف أو سكين فأصابه بحده فجرحه حل وإن أصابه بقفا السكين
أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فإن كان
الجرح مدميا يحل بالاتفاق وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة
أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه السلام
ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل شرط الإنهار وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء
وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القول
دخل فيما ذكرناه وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد بعض
ما ذكرناه قال وإذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي
أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس
بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عم ما أبين من الحي فهو ميت
ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حي حقيقة
لقيام الحياة فيه وكذا حكما لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع
في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة قلنا حين وقع لم يقع ذكاة لبقاء الروح
في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا
الحرف هو الأصل أن المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بأن
يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فإنه حياة صورة لا حكما فتخرج عليه المسائل فنقول

اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوايم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة ساير اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني او اليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا معتبر بها عنده وعند محمد رح يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلانه بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف

قوله ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فضرب الرقاب فتحرير رقبة فكان هذا امرا بالرهن بهذه الصفة ثم تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعال جمع نعل وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر واما قال والمصدر المقرون لان التقدير والله اعلم فرهن مقبوضة ووصفها بانها مقبوضة باعتبار المال كفايه

الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه وما لا يوكل من الحيوان لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم شعر صيد الملوك ارانب وثعالب ❊ واذا ركبت فصيدي الابطال ❊ ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشري لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عم لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رح عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له ❊ والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان

الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن
عن الجحود ومخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او
لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا
بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى الاستيفاء ابتداء
بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن
في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرى اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان
فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين هذين عدة من المسائل
المختلف فيها بيناه وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع
لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه
للبيع وستاتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان
حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رض ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان
المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة
ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة به وان كان لا تجب
الا بعد الهلاك ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا
بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة
قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن
مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء
وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ويرجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر
المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين
الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رض انه قال يترادان الفضل في الرهن على الدين
ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا
مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رض ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى
كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق
الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب
الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس
جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه
يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه

يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا
ليتعين حقه كما تعين حق المرتهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان كان
طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا الجواب لان الاماكن
كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما لا حمل له ولا مؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم
بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم
بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل
على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار
الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع
بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل
الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيرجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن
لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء
الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطاء حتى قضى بالقيمة على عاقلته في
ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار
كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا
افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودع غيره ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف
احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يدي غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل
في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن
على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن
ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن
بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك
المطالبة به قال واذا كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس
الدائم الى ان يقضي الدين لما بينا ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس
المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى المستحق فلو
هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني
استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا
بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين
اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس
الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس
له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل

ولو شهد الشهود على اقرار الراهن بقبض المرتهن ولم يشهدوا على معاينة القبض تقبل هذه الشهادة [illegible]

عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
قال معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظ بغير
من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلايله في الوديعة واذا
تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات
تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه
وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع
كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان ان لبسه لبسا
معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن
في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة وان لبس
خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال
واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن
على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن
فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه
لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه
علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظير ولد الرهن وكرى النهر وسقي البستان وتلقيح
نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن
مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت
الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد
الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين
سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة
في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا
بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك
بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون
ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة و
الخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين
ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب
على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به
لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي

وقال

حفظ الرهن بنفسه وعياله

ضمان الرهن

اجرة الحفظ على المرتهن

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر
قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان
احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو
المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدايم
لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل
ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه
لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم
الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة
ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما
بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل
وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع
لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان
المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره
في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على
رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون
متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشايع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع
او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون
لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم
للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم
للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة
وهي لا يمنع الصحة ولو كان فيه ثمرة يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جايز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل
في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل
في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار
بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل
كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة
وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه
شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغول

لا يجوز رهن المشاع

به فصار كما اذا رهن متاعاً في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجاً على دابة
او لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه
من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح بالامانات كالودائع والعواري
والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً
ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان
ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما
الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضموناً بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر
وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائماً وجب تسليمه وان كان هالكاً
تجب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق
ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما
الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافاً الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح
الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد
حيث وقع باطلاً بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك
في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه
مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال
ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رح لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا
استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق
الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه
فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضاً باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال
السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفياً لتحقق القبض حكماً وان افترقا قبل هلاك
الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكماً وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه
يصير مستوفياً للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً براس
المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهناً بقيمته ولو هلك الرهن بعد
التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك
بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبداً شراءً فاسداً وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري
في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في
الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف

ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون
على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا
باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضموناً لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمراً
او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن ان كان ذمياً فالخمر مضمون
عليه للذمي كما اذا غصبها وان كان المرتهن ذمياً لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا
جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم
كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه او اشترى خلاً او شاة مذبوحة ثم ظهر
العبد حراً او الخل خمراً او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهراً وكذا اذا قتل
عبداً ورهن بقيمته رهناً ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن
بما صالح عليه رهناً ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه وكذا قياسه فيما
تقدم من جنسه ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبداً لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر
في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضموناً والوديعة
تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رح انه لا يجوز ذلك
منهما وهو القياس اعتباراً لحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة
الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزاً مع بقاء ملكه
فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي
موفياً له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما
يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع
المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير
البيع نظراً الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له
تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين
او رهن عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن
كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقاً له بالاب والرهن من ابنه
الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده
الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة
في الرهن لان له حكماً واحداً وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز لان
الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان
الاولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم فلا يجد بداً من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء فاذا رهن

الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما
من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه
فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك
اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين
على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك
للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب
او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه
بعد البلوغ لان استعارته لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على
الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة
الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه
متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه
مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن
وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى
قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن له لانه ضامن للمرتهن بتفويت
حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه
فاستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة
الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب
او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في
يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل
له وان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك
لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه
فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة
عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة
وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق
فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا
الجواب في الفصلين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي

مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل
من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن
ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه
ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد
بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه
بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين
تعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو
معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف
والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك
وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق
ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر على
الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى
ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه
او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح ان شاء افتكه
ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك
مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله
بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا
كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا
عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة
الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر
عند ابي حنيفة رح يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان
كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة
اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون
مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن
كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي
تصرف المريض وان كانت لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رح
نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان

برهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه
ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط
ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس
والرهن معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رح
يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن
نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء
رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع
المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء يثبت على المعنى وهو
القيمة قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن
لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة وقال زفر رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي
يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا
قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم
ان مراده الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى
يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس
بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد
البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية
الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمي له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق
التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر
الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه
جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع
فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما
وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رح قال فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته
كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك يصير الرهن في يد كل واحد
منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال واذا رهن رجلان بدين عليهما
لرجل رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان
قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده

الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى
القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا بهذا وكله رهنا بذلك في حالة
واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف
لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا
اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما
اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت
حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه ان كان قياسا
لكن محمد رح اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو
مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما
نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي القياس هذا باطل وهو قول
ابي يوسف رح لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي للعقد فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه
باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في
حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره فصار
كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت البينتان
في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن يوضع على يدي العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على
يد العدل جاز وقال مالك رح لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل
عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة
وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا
لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين
كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته
وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن
لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع
اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف
لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما
الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن
فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك

واحد وان كان ضمن الدفع الى المرتهن فالراهن باخذ القيمة منه لان العين لو كان قايما في يده ياخذه اذا
ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن
او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جايزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد
الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من
اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي
العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد
والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله
المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو
بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في
حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت
احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان
الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك
بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال اعيانا يملك وصي
المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له
بخلاف المضاربة لانه حق المضارب وليس له ان يبيعه الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس
للراهن ان يبيعه الا برضى المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع
قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يديه الرهن ان يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه لما ذكرنا
من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى الوكيل ان يخاصم اجبر
على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه
اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد
الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح
وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيد اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي
الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قايم مقامه وان كان رهنا وان لم يقبض
بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه
مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث
المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله
عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما قال واذا باع العدل فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق
الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن الذي اعطاه وليس له ان
يضمنه غيره وهذا لان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول المستحق

بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم
فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان
ضمن البايع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ
البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه
اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن اليه وانما اداه اليه
على حساب ملك الراس فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء
فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه
من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد
وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على
الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن
لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب
نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن
ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا
قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل
من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع
كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به
على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رض هكذا
ذكر الكرخي رح وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد
المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد
في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء
وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن
واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع
المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فيتبين انه رهن له ملك نفسه فصار كما
اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رح والجواب انه يرجع عليه بسبب
الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك
متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن
فيستند الملك اليه فيتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف
على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث
لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه
جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ
البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار
كالعبد المديون المرهون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط
راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل
للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح
الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه في الحبس وحقه
في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن
اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ
الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك
هنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا
على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني
ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق
وهو ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما
هنا لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل له في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل
العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول
فوضح الفرق قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان
المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ
على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة يبقى مدتها
اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملكه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن
كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام
المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد
بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى فلا
يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق
الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل
الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب
باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد

وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه
بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف
جنسه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان
الخراج بالضمان قال رح وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله
تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل
عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما
لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية
في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن
حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة
لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا في رواية
عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي
من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه
بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك
لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية
عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق
فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره
بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن
صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا
صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما
على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين
لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس
عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان
بما يؤديان على المولى بعد اليسار لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو
مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه
فيه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد
قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل
العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذا لو استهلك الراهن الرهن لان حق
محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي
فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة فتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه

فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فكان الحكم في الخمسمائة
الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة
لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين
وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل رده على الراهن
لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته
يوم الرهن الفا وجبت بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط
الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج
من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات
القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى
انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من بين سائر الغرماء وهذا لان يد
العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن بكل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد
الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد
الرهن فيعود بصفته وكذا لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد
منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من
الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات
فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن
ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذلك اذا هلك بعد الفراغ
من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار
من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر
بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا
للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة
فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان
التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه
ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن

وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ
واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن
وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امر به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك
عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه
صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك
ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته
اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على
قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان
يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع
على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى
في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن
قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو
اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في
مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه
المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة
سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية
الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز
لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير
قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرده الى
المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب
الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا
ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك
اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن
لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى
الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لانه يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك
اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك
كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث

والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن
عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك
وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر وهذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية
المغصوب على المغصوب منه ولان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه
فكانت جناية على غير مالكه فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير المالك وفي الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية
الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن
كان عليه التطهير عن الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه
وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره
لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر
الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا تعتبر لان
حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن
المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا
بالف درهم الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطأ وغرم قيمته مائة ثم حل
الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث
السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رح هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص
العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت
الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء
فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا
قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت
واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية
الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع
على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء
الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي
الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك
بخلاف ما اذا مات من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال
واذا امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعمائة لانه لما باعه

باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر
ما استوفى كذلك ههنا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع
الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه
اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا رح على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما
ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع
مكانه ولمحمد رح في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب
اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد
لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه
منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه
الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره
حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن
قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل
فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه
اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة
قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها
التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن
فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف
ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء
لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء
وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن
الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار
ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب
دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان
فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت
بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد
وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان
لم يحل امسكه حتى يحل فان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق
العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى

بعد لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن ابي حنيفة انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقي فلو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك لما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به بما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان له حصته من الدين فبقي بحصته وكذا ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رح يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف رح في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع صحة الرهن الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل تجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الف والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث

الدين وفي الاصل تلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم الزيافة وطالبه بالجياد فاخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رح لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه

الوصي هل يملك استيفاء قصاص وجب للصغير او المعتوه ان كان القصاص في النفس لا يملك بخلاف الاب وان كان فيما دون النفس ذكر في عامة الروايات ان له ولاية الاستيفاء وفي بعض الروايات ليس له ذلك وان اراد الوصي ان يصالح عن قصاص وجب للصغير ان كان القصاص في النفس فيه روايتان على رواية صلح الاصل ليس له ذلك وعلى رواية زيادات الاصل له ذلك وان كان القصاص فيما دون النفس فعلى الرواية التي يملك الاستيفاء وهو القياس يجب ان تكون فيه روايتان وان اراد الوصي العفو فليس له ذلك في النفس وما دون النفس فيه سواء وان صالح الوصي عن قصاص وجب للصغير وحط من الدم شيئا لا يجوز والقاضي لا يملك استيفاء القصاص للصغير ذكر كثير من المشايخ ان القاضي كالاب في هذا الباب وذكر محمد رحمه الله ان القاضي لا يستوفي القصاص للصغير في النفس وفيما دونه

احكام الصغار للاسروشني

بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم التماثل والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عم لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال الة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال الة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رض وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه

والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او يظنه حربيا فاذا هو
مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم
فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة
في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعلق
الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد بالضرب موضعا من جسده فاخطأ واصاب موضعا اخر فمات حيث يجب
القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه اذ جميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى
الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع
الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به ادمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطأ
في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة والحق به في حق الضمان فبقي في حق
غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل
وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف
الالة وما دونها لا يختص اتلافه بالة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما
بيناه واما حقن الدم على التأبيد لينتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد
للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه
المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك
ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت
الى النقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان
القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال
والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رح له قوله عم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عم قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة
ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة و
المراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون
الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل
المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير
والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء
العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عم لا يقاد الوالد

بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رح في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق
له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص
يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة
والجدة من قبل الاب والام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ولا يقتل الرجل
بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه
وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزي قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا
تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما
ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيتحرز عنه كما في كسر العظام قال
واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات
عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب
كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب
لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم ولا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير
حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له
الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رض في موته
على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى يتعين فيهما وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب
القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل
ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر
راجع اليهما وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو
لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه
لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس
بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده
كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب
لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه
في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال

فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غايب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغايب ثابت ومسئلة المولى ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رض وهذا اذا اصابه حد الحديد لوجود الجرح فيكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على ما نبينه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد يستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارية للقود فوجب الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير ان عندهما يسوغ حرا وعنده يغرق كما كان بيناه من قبل لهم قوله عم من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرية في العصمة وله قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا مماثلة بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكم الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رض قضى رسول الله صلعم

رجل دخل على رجل في منزله فبادر رب المنزل فقتله وقال انه داعر دخل علي ليقتلني فان كان الداخل معروفا بالدعارة لم يجب القصاص وان لم يكن معروفا وجب وفي اخر جنايات مجمع الفتاوى وسرقة البزازية رجل قتله رب الدار وبرهن انه كابر في قتله هدر وان لم تكن له بينة ان لم يكن المقتول معروفا بالسرقة والشر قتل رب الدار قصاصا وان كان متهما به في القياس يقتص وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لان دلالة الحال اورثت شبهة في القصاص لا في المال وفي المضمرات وجد قتيل في دار انسان وقال صاحب الدار قتلته لانه اراد اخذ مالي وعلى المقتول سيما السراق وهو متهم في ذلك نقل عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا شيء على صاحب الدار وفي موضع اخر عليه الدية دون القصاص وفي معين الحكام اذا وجد مع المتهم بعض المتاع المسروق وادعى المتهم انه اشتراه ولا بينة له فهو متهم بالسرقة ولا سبيل للمدعي الا فيما بيده وان كان غير معروف بذلك فعلى السلطان حبسه والكشف عنه

بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من كثر سواد قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعل الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رح يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه ولا شيء عليهم لقوله عم من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه لانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي بعض نسخ الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه تجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يوجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه تجب فيه القصاص والا فلا

في الحاوي ان المأثور ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قضى على من صب الماء الحار على رأس رجل حتى ذهب سمعه وبصره وعقله وشعر رأسه باربع ديات ولو كان مات من ذلك لا تجب الا دية واحدة

وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا يعتبر بصغر اليد وكبرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال
وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص
عليه لامتناع المماثلة في القلع وان كانت قائمة وذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على
ما قال في الكتاب تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو ماثور
عن جماعة من الصحابة رض قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه
اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص
لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رض وقال عم لا قصاص
في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد
انما هو عمد وخطاء لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس
لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطاء ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس
ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رح في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد هو يعتبر
الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل
بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه
لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب
القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد
او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا
ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد
القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان
شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى
العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط
حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء
له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت
بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى
قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار
ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها
مشينة فقط وتزداد الشين بزيادتها وفي استيعابها ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من
الشين باستيفائه قدر ما لحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير
ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كاملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تاخذ

من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف ولا قصاص في اللسان ولا في
الذكر وعن ابي يوسف رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط
فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة
او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا
ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص
لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح
القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث والمراد به والله اعلم
الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا
تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء
لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال
لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجب بالعقد
قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل
فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او
صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان
القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رح في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة
وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عم امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل
زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وبين ابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث
مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل
رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا
واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل
وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال
زفر رح يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا
قطعت يده خطاء ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب
في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا
عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رض فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب
غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين

قتل الجماعة منهم ولا شي لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل
بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل
لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس
في الفصل الاول ولولا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل
الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى
كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به
قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط عنه القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد
الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا
قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا
وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع
الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف
الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع
غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة
فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني
رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او
على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول
فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح
بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل
يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني لان الحق ثابت
في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده
فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق
محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد
لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا
انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية
حتى لا يجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى
رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول
عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب ادميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر **فصل**
ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت
يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع

بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة
بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين
لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخيرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا
خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ يده
فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا يقطع
يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين
الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل
والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب
القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطأين لان الموجب الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام
اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان
اما القتل والقطع قصاصا فيجتمعان ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة
ففيه للمائة دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش فان بقيت معتبرة في حق التعزير
فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف
في مثله حكومة عدل وعن محمد رح انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها
اثر حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا
المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث
منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال
وهذا قول ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن
الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر
او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري
والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن احد نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول
الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة
والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه
فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في
الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من
القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا
يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه
صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وقد قال

وخلا فالآذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب
العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه
المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات
فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو
عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا
كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط
فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بيناه ان شاء الله لكن
عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية
وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية
يقع المقاصة اذا كانا على السواء فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة
عليها وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد
وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية
تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات
من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فيجب مهر المثل على ما
بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي
بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا
وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية
ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها
فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا
بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج من الثلث يسقط من ثلثه وقالا كذلك الجواب
فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال
ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل
عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف
من عليه وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبريا
عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض
فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه
استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برى او ما عفا وما

واذا قتل الرجل الرجل عمدا فجاء اخوه يطلب دمه فاقام البينة انه وارثه ولا وارث له سواه واقام القاتل بينة ان له ابنا وانه قد صالحه على الدية وقبضها منه اخرت القصاص حتى انظر فيه فان جاء الابن الغائب وانكر الصلح فان القاتل يحتاج الى اعادة البينة على الصلح والبنوة ان كان الاخ انكر بنوته وان اقر ببنوته يحتاج الى اقامة على الصلح اذا انكر الصلح من خزانة المفتين

سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم
عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان
يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه
يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر عند
الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لا يظهر لعدم الضرورة بخلاف
ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى
لو قطع وما عفا وبرا فالصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد
البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها عرضا
بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى
النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن
التقييد بوصف السلامة من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا
لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح يفضي الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام
او عقدا كما في غيرها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب
فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد
وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على اخر لهما في الخلافية ان القصاص
طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في
الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما
عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا يرى انه يثبت بعد الموت والميت ليس
من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته
فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره
فان كان اقام القاتل البينة ان الغايب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر
سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغايب فينتصب الحاضر
خصما عن الغايب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي ذكرنا وان كان
الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الاخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران
بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه

سئل عن جماعة في سفينة تخاصموا مع اهل سفينة اخرى فطلعت جماعة منهم الى السفينة الاخرى باسلحة وضرب واحد منهم شخصا بالعصا فسقط في البحر وغرق هل الحكم على الضارب ورفقائه الذين طلعوا السفينة واذا شهد عليه رفقاؤه هل تقبل هذه الشهادة اجاب اذا شهد الشهود وان كانوا من رفقائه انه سقط في البحر من ضربه وغرق فديته على المضروب في ماله سئل عن دابة سائبة ترعى بعض بعضها بعضا فقتله اجاب اذا كانت المواشي في المرعى فاتلف شيئا من مال او زرع ولم تكن ارسلها احد فلا ضمان

رجل ادعى على اخوانه ضرب امه وماتت من ضربه واقام المدعى عليه البينة انها خرجت الى السوق بعد هذه الضربة لا تصح الدعوى اما لو اقام البينة انها صحت بعد الضرب تسمع الدعوى وتقبل البينة ولو اقاما البينة فبينة الصحة اولى

اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والقاتل لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل له فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واو لا كذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ووجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما جميعا وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع

صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا يخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رح وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيه واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطاء لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عم الا ان قتيل خطا العمد قتيل

السوط والعصا فيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك
فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة
التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ
الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطا
تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل
اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة
وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا بذلك والشافعي رح به لروايته ان النبي عم قضى في قتيل قتل
خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطي معذور وغير ان عند
الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار
ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رض
ان النبي عم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رض ان النبي عم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم
وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا يثبت الدية الا من
هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل
مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رض هكذا جعل على اهل كل مال منها ولان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم
المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا
آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف
من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي رحمه الله
ما دون الثلث لا يتنصف واماما فيه زيد بن ثابت رض والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها
انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها
اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي و
النصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة
آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رح ما روي
ان النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا
قوله عم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رض وما رواه الشافعي لم يعرف
راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك رح فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل

فيما دون النفس قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان
الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما رواه سعيد بن المسيب رح ان النبي عم قال في النفس الدية
وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلعم لعمرو بن حزم رض

والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال
يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله
بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال
على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد
على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر
على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد كل حروف الهجاء وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر
تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر
تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة
الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا
ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب
سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رض قضى باربع
ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية
لانه يفوت به منفعة الجمال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك رح وهو قول الشافعي رح
يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض
البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها
جمال وفي حلقها تفويت الجمال على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال
الا يرى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال
واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رح انه يجب كل القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود من العبد المنفعة
بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار
كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه
ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل
لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله
اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه
ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب
حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا
يزينه ويستوي الخطاء والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية
وعند مالك والشافعي رح يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية
وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية

كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عم قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما
كتبه النبي عم لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من
هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب
نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة
لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي
المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه وفي
اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رح في الاصل
للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة
وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية
وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثه منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم
فيه هكذا قال ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن
مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عم في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فينقسم الدية عليها قال والاصابع
كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال
وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتنقسم
الدية عليها اعشارا قال وكل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان
ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل
لقوله عم في حديث ابي موسى الاشعري رض وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق
ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر
التفاوت كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات
قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها
لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة قال ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب
الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت
الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي
تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين و
الدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في
اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح
العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله
والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهي التي فيها الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي

انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق
القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينهي السكين
اليه فيتساويان فيتحقق القصاص ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي
حنيفة رح وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية انه تجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه
ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن ابراهيم النخعي وعمر
بن عبد العزيز رحمهما الله قال وفي الموضحة ان كانت خطاء نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عم في الجائفة ثلث الدية
وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت
نزلت منزلة الجائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث
الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي
يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود
الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع
قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما
كان في غير الوجه والرأس تسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق
واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما
يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما
يظهر منهما في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول
مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا
مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة
ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله
الطحاوي رح ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم
مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص
عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس
نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع

ولو ان رجلا اراد ان يضرب انسانا بسيف فاخذ سيفه ذلك الانسان بيده فجذب صاحب السيف سيفه من يده فقطع بعض اصابعه فان كان القطع من المفصل فعليه القود لانه عمد وان لم يكن القطع من المفاصل فعليه الدية غنية

الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع
للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة
حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب
والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد
على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل
الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان
يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية
وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع
فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى
اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تبع حقيقة وشرعا
لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم
اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف
اجماعا لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة
باسرها وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة
وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعرف صحته حكومة عدل وقال
الشافعي رح تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود
من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا تجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل
الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين
بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا قال ومن شج رجلا فذهب عقله
او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا
اوضحه فمات وارش الموضحة تجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد
تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع يد رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان
كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كساير الجنايات وجوابه ما ذكرنا وان ذهب سمعه او
بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن ابي يوسف
ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون
النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع
الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي
الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي

ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين قال واذا قطع اصبع
رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب
الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر نصف سن رجل واسود ما بقي ولم يحك
خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور و
اترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة وقال
اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتداتين فالشبهة في
احديهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول
وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه السارى فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطاء
في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع
لانه ليس فعلا مقصودا قال وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب
القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية
الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عن محمد رح على هذه الرواية ان سرايته ما يجب فيه القصاص
الى ما يمكن فيه القصاص توجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان
ذهاب البصر بطريق التسبيب الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف
السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص
الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين قال ولو قلع سن رجل فنبتت
مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث
نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
ولانه لم تفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل قال
ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد
به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال
ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة
درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستانى حولا بالاجماع كان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك
تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه قد ينبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص
واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال

قال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب
وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا
بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب
لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء
على الضارب وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى
ولو لم يسقط ولكنها اسودت تجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا
لو احمر او اخضر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر يسقط
الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رح عليه ارش الالم وهو حكومة عدل
لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب لانه انما
لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان
المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلم يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف
قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد
لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف
في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح
يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عم
يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم
فلعلها يسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة
فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عم لا يعقل العواقل عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد
والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية
في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رح تجب الدية حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب
حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه
في نفسه حال فلا ينجبر ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا
لان القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا
لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا
وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى

صبيان اجتمعوا في موضع يلعبون ويرمون فاصاب سهم احدهم عين امراة فذهبت والصبي ابن تسع سنين
قال الفقيه ابو بكر رحمه الله تعالى ارش عين المراة في مال الصبي ولا شيء على الاب وان لم يكن له مال فنظرة الى ميسره
وانما وجب الدية على الصبي لانه لا يرى على العجم عاقلة قال ام انما يجب الارش اذا ثبت رميه بشهادة الشهود واحكام الصغار
لا باقرار الصبي ولا بوجود سهم فيها لان اقراره على نفسه باطل

المقر لقصور ولايته على غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية
على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسماية فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد
حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص
فيجب عليه حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما
يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رض انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء
ولان الصبا مظنة المرحمة والقاتل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي
وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل
والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث
عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر
الدية معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسماية درهم والقياس
ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي
عليه السلم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسماية درهم ويروى او خمسماية فتركنا القياس بالاثر
وهو حجة على من قدرها بستماية نحو مالك والشافعي رح وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسماية درهم
وقال مالك رح في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عم قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا
سماه النبي عم دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا يعقل
ما دون خمسماية وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلاث سنين لانها بدل النفس ولهذا يكون موروثا
من ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلعم جعل على العاقلة في سنة ولانه
وان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول
من حيث التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من
نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب تجب في ثلاث سنين ويستوي
فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت
في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسماية قال وان القته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة لانه
اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد
صح ان النبي عم قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في
الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا
القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا
تجب الضمان بالشك وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب

حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة
ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى
وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل ولنا انه
بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل
نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رح يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا
لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فيصح الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى
ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب
السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا
اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وقال محمد رح تجب قيمته ما بين كونه مضروبا
الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى ولا كفارة في الجنين
وعند الشافعي رح تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى
العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك
لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان
بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد
وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم
فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق
الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق
بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث
غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور
ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه به اذ المانع متعنت واذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا
الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر
الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر بهم لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق
كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان
الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا
او نحوهما فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق
وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر
بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه
فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا

فقتله لا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط
فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه
ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف
اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في
الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله
وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه
ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه
لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح
او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن
العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل
في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه
صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه
فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه
متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او
وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا
هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق
به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش
بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك
لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة
في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر
استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان
على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال
ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف به انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة
فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان
ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا
بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا
فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا
لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان
حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة

يحفرها الرجل في الطريق فان امر السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل
ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد فيه اما بالتصرف في حق الغير
او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع
ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك لو حفره في ملكه لم يضمن لانه غير
متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة
غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في طريق ومات الواقع فيه جوعا او غما
لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع
وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى
الوقوع اما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب
الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك
على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل
فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة
لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشر
فيضمن المامور ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير
غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس
بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا
ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان
الضمان على المستاجر لان كونه فناء داره بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء
الطين والحطب وربط الدابة والركوب فيها وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر
الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها
فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول
تعد هو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل
مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب فهو
ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن
وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة
واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رح انه
اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة
فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل

ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب
وكل واحد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي
حنيفة رح وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي
وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة
وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا
تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به
رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن على كل
حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير
الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان
المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا
لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في
الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس
للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا
او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في
المسجد اذا اوطا غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل
به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد
فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط
الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى
سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط
هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليسا من فعله فصار كما قبل الاشهاد
وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا
تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره
يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن اذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل
الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ
فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط
فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية
وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي
الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله
لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد

ليتمكن الآمر من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني
قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي قال
ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في
اشراع الجناح قال وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك
في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه
مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا
كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق
به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان
لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب
الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق
لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين
وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع
تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ
على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه
التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ
الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمستأجر والمرتهن والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى
الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية
وذكر الامام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى
العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في
عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد
وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ليتمكن
من اصلاح حصته بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد
فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه
لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل اشهاد على النقض لان المقصود امتناع
الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت
ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل
انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على العاقلة وان كان دار بين ثلثة فحفر احدهم فيها بئرا او بنى
حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف
الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد

عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت
حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر
كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تنقسم على اربابها بقدر الملك
بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف
الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما اوطأت الدابة وما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت
وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد
بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا
بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه
ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل
والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلا يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة
ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف ان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به
فيضمنه قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين
انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب
لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف
فاذا راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكن
الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغيره
فعطب انسان بروثها او ببولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم
هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها
والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال
بعض المشايخ رح ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا
يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها
ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو
الاصح وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لان فعلها يضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عم الرجل
جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب وفي الجامع
الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو
تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء

لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة
له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه
يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه
لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان
قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على
عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن علي رض ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل
صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام
عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب
على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح
وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر
شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب
على غيره وروي عن علي انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا
وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطاء
ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف
من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان
احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطاء تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة
لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم
الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه
ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو
نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام
ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام
فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون
اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير
انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار
متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه
وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه
لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن

ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام
الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط
انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة
صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو
الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا تجب عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القيادة بمنزلة
التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه آمر
بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط
والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما
لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصاب في فوره يضمنه لان الفعل انتقل اليه
بواسطة السوق قال ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة
يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا
لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله
حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها
هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا
طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه اوجب الضمان في هذا كله
قال رض وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها
مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن
له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت
فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود
المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه
مرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال
للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها
ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او
آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عم جرح العجماء جبار وقال محمد رح هي المنفلتة ولان
الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت
عينها ففيها ما نقصها لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع
القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة
ولنا ما روي انه عم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رض ولان فيها مقاصد سوى
اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل

فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي
النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة
فيجب الربع بفوات احديها قال ومن سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته
بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب وهو المروي عن عمر وابن مسعود رض
لان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس
متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته
على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس
كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه
متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطأته فقتلته كان ذلك على الناخس
دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان
على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطي الدابة والثاني مضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها
لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره وانتقل اليه لمعنى الامر قال ولو وطئت رجلا في
سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها
في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا
الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير
والسير علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بير حفرها غيره على قارعة الطريق
ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط وجود علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس
على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء
والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى
ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله
سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى
يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق
مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها
فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا
فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يواخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في
الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف
اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته في ذمته
يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة
بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين له ان الاصل في موجب الجناية ان تجب على المتلف لانه هو الجاني
الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب
في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي
حالة الخطاء ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد
الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل
في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا
عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا
انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان
الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له
حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء
فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه
حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه
جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه
فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق
به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد
له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار
الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية
حكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء
جناية قال فان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما
ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة
الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر
حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه
فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف
من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق
به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد
اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو
الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال
فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية

وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كان كما قال المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك ان علق العتق بضربه لا يوجب القصاص وقال زفر رح لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا بد ان تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولان غرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال

واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص

بينهما وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطي المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من يقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وهنا قال يجب قيل ما ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم يمنع العفو بهذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وهنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطا فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل

طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه
معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانا امتي وقالت
قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان
لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشيء
القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا
يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره
فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول
قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا
يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى الامة المديونة لا يوجب
العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة
منافية قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل
حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما
لا يؤخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي القاتل
على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان
اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا
والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب
ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل
خطاء وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطاء اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه
بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد
منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل
واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة
او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما والآخر
خطاء فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي
العمد وعشرة آلاف لوليي الخطاء لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطاء في كل الدية عشرة
آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطاء وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح
وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطاء وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة
فيسلم النصف لوليي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف

فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق يتعلق بالرقبة اصله التركة
المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها
في الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل
الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في
بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة

فصل

ومن قتل عبدا خطاء فعليه قيمته لا يزاد على
عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة
اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
والشافعي رح يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته
بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث
المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار
كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم
للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية
اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب
لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص به لا عن المالية
فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته
رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط
رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن مسعود رض قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف
الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته
وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم
على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب
ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا
قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا قصاص في ذلك
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه
الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب
على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته الآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت
فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب
الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل

منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولأن الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد وهو
القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم
لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية
لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار
حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وينفذ
وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار
ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع
القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما
ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح
في الفصل الثاني ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان
العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية
حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين
فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل
كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد
فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر
الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى
دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك
العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك
الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق
الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر
لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى
اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب
ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في ساير الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء
المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية

وان قتلت ام الولد مولاها عمدا فان لم يكن له منها ولد فعليها القصاص ولا سعاية عليها لاجل العتق وان كان
لها ولد منه فلا قصاص عليها لانه سقط عنها نصيب ابنها لان الابن لا يستوجب قصاصا على والدته واذا
سقط عنها نصيب الابن سقط عنها الباقي وانقلب القصاص مالا واستقام ايجاب المال عليها
لم تسعى في جميع قيمتها لانه لم يوجد من الابن عفو نصيبه وانما سقط القصاص حكما لانه تنسب للولادة
في قصاص ابنها شبهة ملك والقصاص يسقط بالشبهة لا بالعفو فانه يجب كمال الدية الا يرى
في القصاص ان الاب اذا قتل ابنه عمدا يجب كمال الدية بخلاف ما اذا عفى احد الشريكين في القصاص
يجب نصف الدية للآخر لانه سقط نصيب العافي واذا قتل العبد مولاه عمدا وله وليان فعفى
احدهما عن الدم فهو عبد على حاله بينهما ولا شيء للذي لم يعف وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقال
ان يدفع الى الذي لم يعف ربع العبد من نصيبه او يفديه بربع الدية بخلاف ما اذا كان العبد مدبرا او ام ولد
وهل المسئلة ... الاحوال

ان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة في الذات وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا لو قطع
يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع
رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم
ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رض انه
قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره
الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق
لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد
في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين
الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة
واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وقيمته
تعتبر لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع
المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة
بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار
كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رح ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى
ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية
الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق
التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات
لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة
وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر
بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء عتق او لم يعتق لان موجب جنايته الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ
على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع
يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه
سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني
فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو
استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده
فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى

فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع
من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير متلفا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها فيكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته
على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما استحق نصف العبد بهذا السبب
قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية
الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق
ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني
فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه
على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى
عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل
الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية
الاولى ولا يرجع به على الغاصب بخلاف الفصل الاول عند محمد رح وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد
وقال ومن غصب عبدا فجنى في يده جناية ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين
ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ويرجع به على الغاصب وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه
فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد
كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الفصل الاول يدفع القيمة
قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب
لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية
عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب
كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا
في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على
الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية
كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن
الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة
او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان
والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر رح والشافعي رح لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه

ولو كان

لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى وجه الاستحسان انه
لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان
الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فقد
ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان متعديا كالحفر في الطريق بخلاف
الموت فجاة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
نقول بانه يضمن فيجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته
الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح
يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند
ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ في الحال وعلى هذا
الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي
الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه
الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة رح انه
اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له
وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه
في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له
لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل
الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي
دون غيره قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة القصد
لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد
القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه
عمدا كانت الدعوى او خطا وقال مالك رح يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو احد قولي
الشافعي رح واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من
عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح
في البداية بيمين الولي قوله عم للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد
له الظاهر ولهذا يجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على
المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها

فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب رح
ان النبي عم بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع
دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق
به النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه
والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر
القاتل وفايدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما
تفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال
فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا يجب الدية لقوله عم
في حديث عبد الله بن سهل رض يبريكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبريا للمدعي عليه لا ملزما
كما في سائر الدعاوي ولنا ان النبي عم جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد
بن ابي مريم وكذا جمع عمر رض بينهما على وادعة وقوله عم يبريكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص و
الحبس وكذا اليمين مبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت ليجب الدية اذا نكلوا بل شرعت
ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم
الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في
المحافظة كما في القتل الخطا ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما
لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه
ولهذا تسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل
على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض باعيانهم انهم قتلوا وليه عمدا او خطا فكذا الجواب بدل عليه
اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول ان في
القياس يسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف
المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا
كان في مكان ينسب الى المدعى والمدعي يدعي القتل عليهم فيما وراءه يبقى على اصل القياس وصار كما
اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل
في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من
غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها لاوجبناها بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما
ادعاه اذا كان له بينة فان لم يكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع
القياس ثم ان حلف برئ وان نكل فالدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف
قد مضى في كتاب الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي
ان عمر رض لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى

تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رح مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب
اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفايدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم
فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة
الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا امرأة
ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها فان وجد ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه
ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
يتبع فعل العبد والقسامة يتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به
على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او
اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان
الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر
من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه
مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد رجله او يده او رأسه
فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي
بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتوالبان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد
الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا يجري فيه القسامة تجب و
المعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين
او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب
وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص
الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية
على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قايدها او راكبها فان
اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال واذا مرت دابة بين قريتين
وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي صلعم اتي بقتيل بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رض
انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى
وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه
اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال واذا وجد القتيل في دار انسان
فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا تدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف عليهم جميعا
لان ولاية التدبير يكون بالسكنى كما يكون بالملك الا يرى انه عم جعل القسامة والدية على اليهود

وفي الذخيرة واذا وجد القتيل في دار ابيه او ابنه او المراة في دار زوجها فالدية على صاحب الدار والقسامة
على العاقلة وفي الغياثية وجبت القسامة على العاقلة ولا يحرم من الميراث ولاولياء القتيل ان يختاروا
صالحي اهل المحلة واهل البلدة او العشيرة الذي وجد القتيل بين اظهرهم فان لم يوجد في المحلة خمسون رجلا
من الصلحاء فاراد ولي القتيل ان يكرر اليمين على الصلحاء حتى يتم خمسين او يضم اليهم من فاسقي العشيرة ما يكمل
به خمسون رجلا لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب وروي عنه في غير رواية الاصول انه ليس لولي القتيل ذلك
ولكنه يختار ممن بقي في المحلة ما يكمل به خمسون رجلا
من التاتارخانية

وكانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك
الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام
اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ
وبهذا الطريق يجعله جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة
هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل
ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا
وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال
من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة
في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا
يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور تلزمهم نصرة البقعة كما تلزم
صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها
لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا
سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها
حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي هي في
يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو
على عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية
الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك كما في صدقة الفطر
وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا
يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل
القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان
الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ به يقدر على الحفظ قال
ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد
من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كان دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي
لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة
البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم
واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك

في ذلك وغير المالك سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان
السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانهما لا تنقلان قال
وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع
الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور
العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق فان كان مملوكا فعند ابي يوسف
يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت
المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة
على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل
السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق
المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي
مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير
القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف
بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين
قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد
احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير
الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه
الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة
لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى الولي على واحد
من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال
وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو ان وجوب القسامة
عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين
من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة
تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا
بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع بدعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى
قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي
الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة
اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذي رويناه انما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر
اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية

فالقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان
كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله
فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على
المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف
بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل منه
على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال
واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل
على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين
للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد قال رض وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال ولو ادعى
على واحد من اهل المحلة بعينه وشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة
مع الكل على ما بينا والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون
بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله
فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة
فيه كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب القصاص فان
كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان
رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله
في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده
كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه
فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في
يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل
ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف
المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل
نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف
يضمن الاخر الدية وقال محمد رح لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك
ولابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة
ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رح القسامة عليها يكرر عليها الايمان والدية

على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان
القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان
القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل
في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل
الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من
اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى
الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل
دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد
ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عم في حديث حمل ابن مالك رضي الله عنه
للاولياء قوموا فدوه (اي اعطوا الدية له) ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطي معذور وكذا الذي تولى
شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله
فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك
بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان
ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم
الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه
كان كذلك على عهد رسول الله عم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية
عمر رض بانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان بمحضر من الصحابة رض من غير نكير منهم
وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف
والولاء والعد وفي عهد عمر رض قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان
اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال
لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن
النبي صلعم ومحكي عن عمر رض لان الاخذ من العطايا للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان
خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ
منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة
معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في
سنة واذا كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام
الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة
من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب

على القاتل في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس
يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين
اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب
الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن
من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال يقسم عليهم في ثلث سنين
لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة
الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في
ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو
الاصح قال وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم معناه نسبا كل ذلك لمعنى
التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما
الآباء والابناء قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر
من ثلثة او اربعة وهذا انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات
اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب
ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف
دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فتعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار
ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا يرى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق تقضي بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق
في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة
فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان تخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء
يؤخذ منه سدس الدية وان كان تخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى
في كل سنة مقدار الثلث وان كان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته
الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق
لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا
في الديوان قايمين بالنصرة فيتيسر عليهم وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم لانه هو
الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا
للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء
ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء
والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رض لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان
العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع

عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف
الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر بنفسه وهذا لا يوجد فيهما
والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عم ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر ويعقل
اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل
المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة يعقل عنه اهل الكوفة لانه
يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة
والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور
مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة
وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون
به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية
اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة
على النصرة لهم وصارت نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له
فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل
معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام
في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم
عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم تقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب
على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار
الحرب قتل احدهما صاحبه تقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه
من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون
فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم
ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي
يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع
الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة
وصار كما اذا حول بعد القضاء وهو رواية عن ابي يوسف رح لان الموجب هو الجناية وقد تحققت
وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان
الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان
كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء
فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطاياه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه

بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان
في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقوم حكم
الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن
البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق
بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية
لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين
ثم جعلهم الامام في العطايا حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه
ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر
الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء اذا لم يكن مال العطاء من جنس
ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من
ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر عليهم قال وعاقلة المعتق قبيلة
مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عم مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه و
قبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في كتاب الولاء
قال ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث
ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عم لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا
اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف
ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون
في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي
او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عم اوجب ارش الجنين
على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه
يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا يعقل العاقلة
جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم
ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطاء ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في
ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار
اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضي بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة
وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية
بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء
معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال

واذا جنى الحر على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف
وفي احد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رح ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في
بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه
لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله
ووجهه ان الاصل ان يجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة يتحملها تحقيقا
للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة يعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت
منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث
سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند
الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل
فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك
ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادي الكتابة
لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فيتبين
ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت عاقلة الصبي
الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في
ثلث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير
قال رض ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رح متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل
اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان
ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع
ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها
على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية وان كانت
العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق
اداؤه فمن احكم هذا الاصل تاملا امكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله الموفق

كتاب الوصايا. باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا

قال رضي الله عنه الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابي جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته
ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناها لحاجة الناس
اليها فان الانسان مغرور باملِه مقصر في عمله فاذا عرض به المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي
بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء

بصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناها ومثله في الاجارات بيناه وقد تبقى المالكية
بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد
وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم
زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح في الثلث للاجنبي
من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الاصل فيه ان شاء الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث
لقوله عم في حديث سعد بن ابي وقاص رض الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف
ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم
به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة
لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف
في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة
بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت
الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق
فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد
يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو
استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك
ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز
له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي
والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز
للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عم لا وصية للقاتل لانه استعجل ما اخره الله فيحرم
الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رح تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل
الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه ولو اجازتها الورثة
جاز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها
ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها لاحدهم
قال ولا تجوز لوارثه لقوله عم ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى البعض
بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم لانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او
غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت
والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض
للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة
ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد

بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر
للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة
ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع
الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وقبول
الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حياته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد
الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث
سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال
الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان
كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال
عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا
اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب
والاولى اولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو
الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي
هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا
الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام
فتثبت جبرا من الشرع من غير قبول الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل
القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك
موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته انما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في
ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين محيط بماله
لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ
بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال
ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رض اجاز وصية يفاع او
يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره
ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا
وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات
لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا يصح وان كان قد يتفق نافعا في بعض

الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت
فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد
والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا يصح وصية
المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا يصح وعندهما تصح ردا
لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف
في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول
فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا
في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض
ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت
الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى
قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا
ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية
فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما
وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت
والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان
رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار
كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به
حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب
زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار
يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه يمكنه تسليمه بدون
الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم
بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى
به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح
الشاة الموصى به لا يكون رجوعا لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى ايضا اصلا وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال
ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي
في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء
في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي

في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال
كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف
ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان
رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة
واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث
وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى
انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة
على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون
بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب
صحيح وضاق الثلث عن حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل بينهما فصار ثلثة سهم لصاحبه
وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما
على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على
الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية
وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن
الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا
في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب
بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك
واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا
بعين ما تعلق به حق الورثة قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب
ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل
نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز الاول ايضا نظرا الى الحال
والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص
عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا
يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يذكر ويراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية

والا فلا متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة
الورثة وقيل ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عم فيما يروى ولانه
يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام
الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا وهذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل
للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر
له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال
في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال
والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر
له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها
وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا
يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم
كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه
فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا
هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك الكيلي
والموزون بمنزلتهما لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة قال ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان
لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر
على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول
اشبه بالفقه المذكور فيه قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث
العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج من شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث
وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق
الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله
فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها
كما اذا اوصى لزيد ولجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده
صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا
بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا
اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا يرى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت

كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا
مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف
الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك
ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية
باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل
بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال
تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال
له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية
الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح
لان المصحح اضافته الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة
وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما
اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال
وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء
والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن
محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم
على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال
الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة من الثلث
ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان
وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرفه الا الى مسكينين
بناء على ما بيناه ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث
كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب
كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه
لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه
عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه
يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا
الا انه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر
اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن

تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في
تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا
غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة
وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد
يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم
وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما
شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر
كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة
بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له
زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي
نصف الوصية ويبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول
وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون
الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي
وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء
تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر
بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات
الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل
في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة
احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء
فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة
ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان
المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين
الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب
الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد
لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق
له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء
هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد
وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما

ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد رح نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان
الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي
مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت
في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له
مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت
تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية
تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة
لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع
قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه
القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز
يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في
نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده
ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع
في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار
الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق
الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع
يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند
محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون
فيجعل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية
اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من
اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف
بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه اليه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع
بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف
ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك
نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الاثنان

تركة الاب القائم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا
استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته
اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهو
في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث
فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم
للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في
يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا
وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان
متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل
في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا
في قول ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي
الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى
بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عنده وعندهما ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة
الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم
الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض
الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في
الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به
القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل
القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

وان اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء
او وهب لها هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه
وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في
حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك
ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر
عند الموت الا يرى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة
والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما
بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف
ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية
ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا
واعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه
دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى
انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح
قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال
لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد
ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار
صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في المرض والوصية بالعتق

قال ومن اعتق عبدا في مرضه
او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا
وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا
لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة
وكذلك ما ابتدا المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة
وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حالة صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة
العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا
فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحالة الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال
فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى فهما سواء
وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل
من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق
المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي
ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصى واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل
الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة
يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت
في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة
اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى
هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين الاولى والمحاباة وما اصاب

العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة
عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحج يحج عنه بما بقي من حيث
يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة
فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها
فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة
وهي حق الله تعالى عندهما حتى يقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى
لا يقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائتي درهم
وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في
مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان
الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها
بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى
له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته وان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ الوصية قال
ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه
في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من
الثلث شيء او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة
بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول
للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر
شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة
العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال
رجل لي على ابيك الف فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى
في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا
معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه
يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان
يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة مجانا فيجب السعاية وعلى هذا

الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده
الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل قال ومن اوصى بوصايا
من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان
الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه
الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبدأ بالزكوة و
تقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه تقدم الحج وهو قول محمد
وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى
ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه وكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على
الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في
القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر
وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس تقدم
بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما
اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرنا ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة
لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا
الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب عليه لله تعالى
الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال
راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه غير انا
جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه
وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من
بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وقالا وهو قول زفر
يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر
بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان
كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج
من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم الملاصقون
وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار
من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه

الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا
عرفا وقد تأيد بقوله عم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد
بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد
وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قال ويستوي فيه الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن
عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن اوصى لاصهاره
فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي
رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي
والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق
بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه
فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم
وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل
فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية
لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف
فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام وان لم يسلم لهما
ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه
ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان
القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره
ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب
في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية
لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا وهما لا يعتبران الاقرب
ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع
وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية
لان اللفظ الفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي
اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا

اوصى

اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم
المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة
وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قوله تعالى واتوني
باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه
قولهم تاهل ببلد كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل
القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت
ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه
اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الام والاب ولو اوصى
لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لارامِلهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم
واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون
فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي
تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او
لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه
الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر
ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث
ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام
لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد
بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ومن
اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن
اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية
باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا
له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة
والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف
لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية
من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت و
الوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون لان سبب
الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت

عند تحقق عجزه ولو كان له موالي وأولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون
موالي الموالاة وعن أبي يوسف رح أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد
يقول الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل
فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه
بخلاف ما إذا لم يكن له موالي ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة
ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز
ولا يدخل فيهم موالي أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق
البعض لأنه ينسب إليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا لأن المنافع يصح تمليكها
في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوسا على ملكه كما يستوفي
الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فإنها تمليك
على أصلنا بخلاف الميراث لأنه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى
وكذلك الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملهما فإن خرجت رقبة
العبد من الثلث تسلم إليه ليخدمه لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وإن كان لا مال له
غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين
ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزى فصرنا إلى المهاياة إيفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار
إذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث
الزمان يجوز أيضا لأن الحق لهم إلا أن الأول وهو الأعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم
من ثلثي الدار وعن أبي يوسف أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب
ما في يده والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه قال فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة لأن الموصي أوجب
الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي
من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لأن إيجابها تعلق
بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل
يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير
وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة
فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد
استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار وقال الشافعي رح له ذلك

لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لأنها كالأعيان عنده
بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف
إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة
على أصلنا ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل
لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم
إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في وضعه
غير لازم ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقا
للمساواة في عقد المعاوضة فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها
بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض
ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن
يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة
هنالك إذا كان يخرج من الثلث لأن الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فإذا كانوا
في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر وإذا كانوا في
غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا
لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عين حقيقة لأنه
دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لأنه عين
مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل
ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رح فإنه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك
ذلك فكذا للموصى له إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة
إذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى
له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها
لصاحب الخدمة لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لأحدهما على الآخر فتعتبر
هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت
الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت
الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما
في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه
القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في
هذه المسائل كلها أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف رح
وعلى قول محمد رحمه الله الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها

لابي يوسف رحمه الله ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا يلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول فيه سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص

ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فينتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زايد ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا اما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم التحرر بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه ومنها اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازير ويطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى لما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذه غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا بابتناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح ان تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك

الف فيه اذا نصب وصيا في تركة ايتام وهم في ولايته والتركة ليست في ولايته او كانت التركة في ولايته والايتام لم يكونوا في ولايته قال شمس الائمة الحلواني يصح على كل حال ويعتبر النظام والاسعد اذ ويصير الوصي وصيا في جميع التركة اينما كانت التركة وكان ركن الاسلام على السغدي يقول ما كان من التركة في ولايته يصير وصيا فيه وما لا فلا وقيل يشترط لصحة النصب كون اليتيم في ولايته ولا يشترط كون التركة في ولايته
محيط الفصول الاسروشنية

من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى لمسلم او ذمي بوصيته جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرى وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل

معناه

معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا تفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة رحمه الله ومرة مع ابي يوسف رحمه الله وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رح دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية

اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يوذن
باختصاص كل واحد بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت
بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى
وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل
واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها
يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه
فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة
ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير
فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا
وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شرى فاسدا وحفظ الاموال
وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر
بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى
الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في
حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في
التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى
عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية
الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد
الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه
رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان
من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة
الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه كما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل
الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب
فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي
منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن
التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده
في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي
الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي
بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضي المتوفى

واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح
لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حال الحيوة والجامع بينهما انه رضي برايه
لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى
ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قايم مقام
الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند
الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني فيه منزلته فيهما ولانه لما استعان به في
ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا
بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل
غيره والايصاء اليه ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة ومقاسمته الورثة عن الموصى
له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرى المورث
والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو
حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشاركه الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت
من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرى
الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث
ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة
فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ
نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة
فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك اذا دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال
ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد
لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء
وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رح ان محل الوصية
الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله
ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك
قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف
الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الى القاضي
فقسمها والموصى له غايب فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل
القبول يصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب
ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك

الاب والوصي يملكان رهن المتاع الصغير بدينهما استحسانا وقال الثاني لا يملكانه وعلى الخلاف اذا باعا مال الصغير من ابنهما
قالا يقع المقاصة بدينهما ويضمنان للصغير ولو الرهن اذا هلك ضمنا للصغير قدر الدين لا الزايد لانه امانة لان الايفاء
الحقيقي لا يدخل تحت ولايتهما فلا يدخل الايفاء الحكمي ايضا لهما انهما يملكان الايداع بلا ضمان فبالضمان اولى
بزازية

المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل وَاذا باع الوصي من التركة عبدًا بغير محضر من الغرمآء فهو جايز
لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولى حيًا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرمآء وان كان
في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرمآء متعلق بالمالية لا بالصورة
والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرمآء حق
الاستسعآء اما ههنا بخلافه ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه
الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فيكون العهدة
عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ
الوصي البايع مال الغير بغير اذنه ورضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه
عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفه رح يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه
ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضآء اذ
يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرًا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضآء فان كانت التركة قد
هلكت او لم يكن بها وفآء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر وان قسم الوصي الميراث فاصاب
صغيرًا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له
ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه واذا احتال الوصي بمال
اليتيم فان كان خيرًا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز
لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله
لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي
المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفه رح لانهم
يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرًا فيتقيد
بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش منهم تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا
من اهله واذا كتب كتاب الشرى على وصي كتب كتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب
جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في اخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب
اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية
تعلم ظاهرًا وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا
يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على
الكبير الغايب الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك

الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال
ابو يوسف ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا
وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من
باب الحفظ فكذا وصيهم والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد احق لان الشرع
اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصآء تنتقل ولاية
الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي
مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة
الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي
الاب في التصرف لما بينا

فصل في الشهادة

واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى
فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينًا لانفسهما قال الا ان يدعيها
المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان
للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداءً او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا
ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعًا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا
يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف
لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم تجز وان كان في غير مال الميت
جاز وهذا عند ابي حنيفه رح وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية
التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارًا فعريت عن التهمة ولابي حنيفه رح انه يثبت لهما ولاية
الحفظ ولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة
لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد
الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال
قال ابو يوسف رح لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفه رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي
يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة
ولهذا لو تبرع اجنبي بقضآء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر
فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة
لا في المال لبقائها فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه وصي لهذين الرجلين بجارية وشهد
المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة

قال ولو شهدوا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين
بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان لان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة متبنة للشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه

واذا كان للمولود فرج وذكر
فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عم سئل عنه
كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو
دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك
دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا
ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل
في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في
احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا
بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي
مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض
او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى
هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم
وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه
امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في
صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة
ويعيد الذي عن يمينه وعن شماله والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة واحب
الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد
ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه
ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره
ان يختنه رجل لانه عساه انثى او يختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له
مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوايب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت
المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره في حيوته لبس الحلي والحرير وان يكشف قدام الرجال او قدام
النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان تسافر من غير محرم من الرجال
توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه

ان كان ذكرا نكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح يلبس لباس المرأة لان ترك
لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او
عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فهو حر فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين امر الخنثى بالشك
ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يقع حتى يستبين امره لما قلنا
وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او
قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا
امرأة لان حل الغسل غير ثابت من الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد
لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان يسجى
قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه
وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل
لاحتمال انه امرأة ويتقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر
جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة
قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال
انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان انثى
فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف
ابنا وخنثى فالمال بينهما على ثلثة اسهم عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى
عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو
قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة و
للخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقهما هذا
يضرب بثلثة وذاك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال
بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل
ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة
فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزايد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف
فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي
حنيفة رحمه الله ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به
وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان
الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوجد فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان يصيبه الاقل وقد دناه

ذكر الخيندي يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا
وامّا واختا لاب وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى
للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث
والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته
فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم اوكتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف
انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش
من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت
معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات
معلومة قالوا هذا بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت
واما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي
الآبد عرفناه بالنص واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه
وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة
الخطاب ممن دنا الا يرى ان النبي عم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة
الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو في حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب
مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم
كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية
وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم
واما الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد
ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود
لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد
ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص
ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب
الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا
لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات
التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية
فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة
في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون
مفارقا له لانه يمكن الوصول الى نطق الغايب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك

الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان
قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رح انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة
لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما وقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد
منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد
في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين
بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قايمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال
واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة
اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له
التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكيا
اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري
فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة ههنا لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل
منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق
والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز
عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف

بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه
والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
تم الكتاب بعون الله وحسن توفيقه على يد العبد
الضعيف النحيف سيد نصر الله ابن سيد طالع
الدزفولي الشنبكي الحسيني غفر الله له
ولوالديه واحسن اليهما واليه
والى جميع المسلمين والمسلمات
في يوم الاربعا ثاني
شهر ذي القعده
سنة خص

من اراد ان يطلع على رتبة الامام الاعظم في رسوخ قدمه
في علم الكتاب والسنة فعليه مطالعة كتابين احدهما
احكام القرآن والثاني معاني الآثار كلاهما للطحاوي وفي
واحكام القرآن للرازي المشهور بالجصاص
كتاب محكم في بابه ومن غفل عن ما ذكرته
من الكتب الزام عليه ان يقول في
الامام برايه والله التوفيق

ولمحمد بن محمود العربي محمد الخوارزمي مولانا
كتاب في مسند الامام ابي حنيفة رضي الله عنه
في مجلدين ضخمين لا نظير له في بابه

مجرد اولان زيد هند صغيره نك جبرا زنا ايله بكارتن ازاله ايلسه زيده شرعا نه لازم در
الجواب هند مشتهاة ايسه حد زنا اقامت اولنور دكل ايسه تعزير شديد لازم در

زيد عمروك قزي هندي جبرا تصرف ايدوب بكارتن ازاله ايلسه زيده نه لازم اولور
الجواب ثابت اولورسه ومحصن ايسه رجم اولنور دكل ايسه حد اورلور

محصن اولان زيد عمروك جاريه سنه جبرا زنا ايدوب بكارتن ازاله ايلسه زيده نه لازم اولور
الجواب رجم قتل ونقصان قيمت لازم اولور

زيد وصي اولديغي عمرو صغيره متوفى بابسنه ن انتقال ايدن بر قطعه تارلاسنك حق تصرفني ضرورت يوغيكن مثبت الجواز معروف سباهي اذنيله بقدر راجح بدل
مقابلسنده بكره تفويض وتسليم ايلسه حالا عمرو بالغ اولدقده زيدك تفويضي طوتميوب اول تارلالاري بكردن المغه قادر اولور مي
اولور

زيد صغيرك بابسنه ن انتقال ايدوب بلا صغيره اولان بر وقف تارلاسي سنه مقداري زراعت اولنميوب معطل قالمغله متوليسي واقف طبو ايله اخره ويرمكه قادر اولورمي
كتبه الحقير الى المرحوم
رحمه الله
اولور

ارسال صورت امر مصر
۲ ربیع الاول

۵ صفر

تاریخ ضبط
غرہ ربیع الثانی حلها اللہ مبارکا

نقل خط

زید عمرودن لحجة طلب الدکده عمرو منکر اولوب زیدک بینه طلب الدکده زیدک افندی سکا شاهد باشند وبرورم شاهدم یوقدر دیوب عمرو یمین ویروب سجل اولنمش فرکدن صکره شرعا اسیرچیق اولور می
الجواب اولماز
حامد عفی عنه

متوفانک محلول یری اخی اوغلنه ویریلور مدد اولان ذمینک یرلری مسلم اوغلنه انتقال ایتمز متوفانک محلول یری قزینه بوغیسه لاب ارقرنداشنه بوغیسه اول محلده ساکنه قزقرنداشنه بوغیسه باباسنه بوغیسه والدہ سنه بونلردن غیری اقاربه حق طبو یوقدر متوفانک محلول اولان یرلری کمسنه یه انتقال ایتموب اخی اوغلنه ویریلور
کتبه ابو السعود

موت الاعبرک سقوطی صده اولدوغنه ساددر

منقول عن مجموع فیها مسائل منسوبة الی المرحوم نجم الدین قاضی عجلون الشافعی تغمده الله برحمته اذا مات النصرانی وترک ولدا صغیرا وقلنا انه لا یصیر مسلما بموت ابیه فهل یجوز علی مذهب مالک والشافعی وابی حنیفة بل لاحد من القضاة المقلدین لاحد منهم ان یحکم ببقائه علی الکفر وعدم اسلامه ویسجل علی ذلک ام لا واذا وقع فهل یکون مانعا للحنبلی من الحکم باسلامه تبعا للدار وذلک راجح مذهبه ام لا واذا اسلم واحد من اولاد الاطفال الذین حکم ببقائهم علی الکفر وعدم اسلامهم ان صح الحکم فهل للحنفی ان یحکم باسلامه ام لا واذا کان القاضی الحاکم ببقائهم علی الکفر یفعل ذلک ویقصد به الحکم علی الحنبلی یمنعه من الحکم باسلامه هل یعد هذا الحکم ام لا وهل یقدح هذا فی ولایته بل ودینه ام لا لا یحل لاحد ان یحکم بالبقاء علی الکفر ویخشی علی الحاکم به منه الکفر والعیاذ بالله تعالی لان الرضا بالبقاء علی الکفر کفر کما صرح به ائمتنا حتی لو طلب کافر من مسلم ان یلقنه کلمة التوحید فلم یفعل وقال له اصبر کفر لانه رضی بکفره وامره باستمراره علیه تلک اللحظة فکیف من یحکم ببقائه علی الکفر ویمنع غیره من التوصل الی الحکم باسلامه والحاکم بذلک یطالب بمستنده من مذهب بجواز هذا الحکم وبصحته فان استند الی نص صحیح فی ذلک وهو مما یعتمد علیه تقلیده مضی حکمه ان وجدت فیه شروط الحکم ومقدماته وهو تقدم الحکم المذکور لا یخلو من ان یکون من الحق المتمحض للآدمی او لله او مما فیه حق له سبحانه فان کان من القسم الاول فالحکم لا بد فیه من حاکم ومحکوم له ومحکوم علیه وتقدم دعوی صحیحة ومن المدعی منا ومن المحکوم علیه وان کان من القسم الثانی فان الحق لله فی البقاء علی الکفر والمنع من الحکم بالاسلام فان عورض بمثله فی الحکم باسلامه وبجواز دعوی الحسبة فانه من حق الله المولوم علو الاسلام وتکثیر المسلمین ومحض العبد وهو المحکوم علیه بانقاذه من الکفر ونجاته من النار وان لم یستند فی حکمه الا علی قول ائمة ان الولد مع ابویه او احدهما فی الکفر فلا یحکم باسلام الطفل بموت ابویه فلیس بمستند اذ لا یلزم من عدم الحکم باسلامه الحکم باستمراره علی الکفر بل منهما حالة متوسطة وهی الاعراض وعدم اجراء احکام الاسلام علیه وکیف یتوهم جواز الحکم بالبقاء علی الکفر علی انا نجزم علیه بالبقاء علیه بالاجماع وهو الکفر والله اعلم